

**FACULDADES DE VITÓRIA - FDV**  
**MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

RENATA COELHO PADILHA GERA

**A NATUREZA DA INCONSTITUCIONALIDADE E DOS PROVIMENTOS  
JURISDICIONAIS QUE A RECONHECEM E OS SEUS EFEITOS**

VITÓRIA  
2005

**FACULDADES DE VITÓRIA - FDV**  
**MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

RENATA COELHO PADILHA GERA

**A NATUREZA DA INCONSTITUCIONALIDADE E DOS PROVIMENTOS  
JURISDICIONAIS QUE A RECONHECEM E OS SEUS EFEITOS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, na área de concentração em Direitos Constitucionais Fundamentais, sob a orientação do Prof. Doutor Geovany Cardoso Jeveaux.

VITÓRIA  
2005

**FACULDADES DE VITÓRIA - FDV**  
**MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

RENATA COELHO PADILHA GERA

**A NATUREZA DA INCONSTITUCIONALIDADE E DOS PROVIMENTOS  
JURISDICIONAIS QUE A RECONHECEM E OS SEUS EFEITOS**

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux

---

Prof. Dr.

---

Prof. Dr.

Vitória, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

Ao Marco Antonio, meu marido;  
aos meus pais e aos meus  
irmãos, família especial e  
querida.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, pela vida e pela força.

Agradeço ao meu marido, Marco Antonio, pela presença constante, pelo apoio e pela amizade incondicional. Obrigada por ter me ensinado o que é ser parte do outro.

Agradeço ao meu pai, Reinaldo, pelo fato de ser meu pai e pela coragem de optar por mim. Agradeço também à minha mãe, Lúcia, pelo cuidado que tem comigo, pela sua força natural (que é fonte de inspiração) e pela segurança que sempre demonstrou. Vocês me tornaram o que sou, obrigada.

Agradeço aos meus irmãos, Renato, Paula, Renê e Reinaldo, pela compreensão e pelo carinho que sempre estão dispostos a me oferecer. Meus irmãos que são mais que irmãos e amigos, são parceiros sempre unidos em todos os momentos e situações, meu muito obrigada.

À minha cunhada Luciana, mãe da Maria Eduarda, pela força, pelos conselhos e pela ajuda na finalização do trabalho.

À minha amiga Marcela, pelo apoio e pela ajuda, sempre disposta a me ouvir nos momentos de angústias e a me auxiliar em tudo que precisava. Muito obrigada.

Finalmente, agradeço, especialmente, ao meu orientador, Geovany Cardoso Jevaux, por todo o apoio, pela ajuda, pela força e pelo carinho em todo o desenrolar do trabalho. Agradeço mais ainda por tudo que me ensinou e pelas aulas que foram as minhas orientações. É uma honra poder conviver com uma pessoa tão talentosa e inteligente. Não tenho como registrar a minha gratidão pela sua atenção durante esse período. Muitíssimo obrigada.

Os bons e os maus resultados dos nossos ditos e obras vão-se distribuindo, supõe-se que de uma forma bastante uniforme e equilibrada, por todos os dias do futuro, incluindo aqueles, infindáveis, em que já cá não estaremos para poder comprová-lo, para congratular-nos ou pedir perdão, aliás, há quem diga que isso é que é a imortalidade de que tanto se fala.

José Saramago

## RESUMO

O presente estudo visa a investigar qual a natureza jurídica do vício de inconstitucionalidade e da decisão de mérito que reconhece a inconstitucionalidade em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade ativa. Esse assunto tem despertado considerável interesse da comunidade jurídica. Há discussão sobre a natureza de nulidade ou anulabilidade do vício de inconstitucionalidade, bem como da produção *ex tunc* ou *ex nunc* do seu reconhecimento. Historicamente, houve aplicação da teoria da nulidade, até a construção do modelo austríaco por Hans Kelsen, que provocou o temperamento da nulidade, em países como a Alemanha, a Espanha, o Brasil e outros. Para enfrentar a questão, será analisada a teoria das invalidades no direito civil, no direito administrativo e, finalmente, na teoria geral do direito, em relação às normas jurídicas. Também serão verificadas as distinções entre os modelos difuso (norte-americano) e concentrado de constitucionalidade (modelo austríaco). A investigação concentra-se no estudo da teoria kelseana da natureza jurídica da inconstitucionalidade, da decisão judicial que a reconhece e dos efeitos produzidos pelo seu reconhecimento. Verifica-se o controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, analisando a aplicação da teoria da nulidade como regra (com produção de efeitos *ex tunc*), que vem sendo mitigada pelo reconhecimento da aplicação de efeitos prospectivos em determinados casos concretos, como garantia da segurança jurídica ou do atendimento de excepcional interesse social. A justiça discricionária, com aplicação da modulação dos efeitos da decisão de controle de constitucionalidade (no Brasil, prevista na Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999), significa um temperamento da regra absoluta da nulidade. Entretanto, a teoria kelseniana deveria ser regra, com a produção de efeitos prospectivos da decisão judicial de reconhecimento da inconstitucionalidade, e não exceção como ocorre no caso brasileiro.

## ABSTRACT

The present study aims to investigate the legal nature of the vice of unconstitutionality and the merit decision which recognizes unconstitutionality in active Direct Action of Unconstitutionality. This subject has been arising considerable interest on the legal community. There is discussion on the nullity or voidableness nature of the unconstitutionality vice, as well as on the *ex tunc* or *ex nunc* production of its recognition. Historically, there has been application of the nullity theory, until the construction of the Austrian model by Hans Kelsen, that provoked the temperament of nullity, in countries such as Germany, Spain, Brazil and others. To face the question, the invalidities theory will be analyzed in civil law, in administrative law and, finally, in general theory of law, in relation to the rules of law. Also the distinctions between the models diffuse (North American) and concentrated (Austrian model) of constitutionality will be verified. The inquiry is concentrated in the study of Kelsen's theory of the legal nature of unconstitutionality, the sentence that recognizes it and the effect produced by its recognition. The concentrated control of constitutionality exerted by the Supreme Brazilian Federal Court is verified, analyzing the application of the nullity theory as a rule (with production of *ex tunc* effects), which has been mitigated by the recognition of application of prospective effects in determined concrete cases, as a guarantee of legal security or a means of granting the exceptional social interest. Discretionary justice, with application of the effects of the decision of constitutionality control modulation (in Brazil, regulated by Law 9.868, of November, 10<sup>th</sup>, 1999), means a temperament of the absolute rule of nullity. However, Kelsen's theory should be the rule, with the production of prospective effects of the sentence which recognizes unconstitutionality, and not the exception as occurs in the Brazilian case.

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>RESUMO.....</b>  | <b>7</b>  |
| <b>ABSTRACT.....</b>  | <b>8</b>  |
| <b>1 INTRODUÇÃO .....</b>   | <b>12</b> |
| <b>2 CONCEITOS CIVILÍSTICOS SOBRE VALIDADE DOS ATOS JURÍDICOS.....</b>  | <b>16</b> |
| 2.1 FATOS JURÍDICOS, ATOS JURÍDICOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS.....   | 16        |
| 2.2 OS PLANOS DA EXISTÊNCIA, DA VALIDADE E DA EFICÁCIA DOS ATOS JURÍDICOS .....   | 26        |
| 2.2.1 O plano da existência dos atos e dos negócios jurídicos.....  | 30        |
| 2.2.2 O plano da validade dos atos e dos negócios jurídicos.....  | 34        |
| 2.2.3 O plano da eficácia dos negócios jurídicos.....   | 40        |
| <b>3 CONCEITOS PUBLICISTAS SOBRE VALIDADE E EFICÁCIA DOS ATOS JURÍDICOS PRATICADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....</b> | <b>44</b> |
| 3.1 CONCEITO DE ATOS ADMINISTRATIVOS .....  | 47        |
| 3.2 CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....   | 53        |
| 3.3 OS VÍCIOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS .....  | 56        |
| 3.3.1 Os elementos dos atos administrativos.....  | 59        |
| 3.3.2 O plano da existência dos atos administrativos .....  | 60        |
| 3.3.3 O plano da validade dos atos administrativos .....  | 63        |
| 3.3.4 O plano da eficácia dos atos administrativos .....  | 68        |
| 3.4 O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....  | 69        |
| 3.4.1 A revogação dos Atos administrativos .....  | 73        |
| 3.4.2 A invalidação dos atos administrativos .....  | 75        |
| <b>4 VALIDADE, VIGÊNCIA E EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS.....</b>  | <b>82</b> |
| 4.1 AS NORMAS JURÍDICAS POR HANS KELSEN.....  | 85        |
| 4.1.1 Noções conceituais.....   | 85        |
| 4.1.2 A validade .....  | 87        |

|  |            |
|--|------------|
| 4.1.3 A vigência .....   | 91         |
| 4.1.4 A eficácia .....   | 92         |
| 4.1.5 Formas de saída das normas jurídicas do ordenamento jurídico .....                                       | 94         |
| 4.1.5.1 Dinâmica da ordem jurídica .....   | 94         |
| 4.2 AS NORMAS JURÍDICAS POR TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR .....   | 96         |
| 4.2.1 Noções conceituais de norma jurídica por Tércio Sampaio Ferraz Júnior .....                              | 96         |
| 4.2.2 A validade .....   | 100        |
| 4.2.3 A vigência .....   | 101        |
| 4.2.4 A eficácia .....   | 102        |
| 4.2.4.1 A eficácia social ou efetividade.....  | 102        |
| 4.2.4.2 A eficácia técnica.....  | 103        |
| 4.2.4.2.1 Classificação das normas jurídicas em razão da concretização<br>eficacial.....                       | 104        |
| 4.2.5 As mudanças do sistema jurídico e as normas jurídicas.....   | 104        |
| <b>5 NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO DE MÉRITO DE CONTROLE JUDICIAL<br/>DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....</b> | <b>107</b> |
| 5.1 CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES .....  | 110        |
| 5.1.1 Classificação ternária das ações.....  | 110        |
| 5.1.2 Classificação quinária das ações .....   | 113        |
| 5.1.3 Eficácia nas ações declaratórias e constitutivas .....   | 115        |
| 5.1.4 As ações mandamentais e executivas <i>lato sensu</i> .....   | 116        |
| 5.2 NATUREZA JURÍDICA DA INCONSTITUCIONALIDADE .....   | 117        |
| 5.2.1 Posição de Ruy Barbosa, Herbert L. A. Hart, Pontes de Miranda e<br>Hans Kelsen.....                      | 118        |
| 5.2.1.1 Noções de Ruy Barbosa.....   | 118        |
| 5.2.1.2 Noções de Herbert L. A. Hart .....   | 121        |
| 5.2.1.4 Noções de Pontes de Miranda.....   | 122        |
| 5.2.1.5 Noções de Hans Kelsen .....  | 123        |
| 5.3 NATUREZA JURÍDICA DO PROVIMENTO JURISDICIONAL DE MÉRITO NA<br>ADI POR AÇÃO.....                            | 125        |
| 5.3.1 Natureza jurídica constitutiva negativa.....   | 126        |

|  |     |
|--|-----|
| 5.3.2 Verificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal..... | 134 |
| 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....   | 137 |
| REFERÊNCIAS.....   | 140 |
| ANEXOS .....   | 147 |

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente, é corriqueira a noção de que os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar leis que sejam inconstitucionais. Entretanto, essa idéia, historicamente, nem sempre foi aceita de forma plena. O controle judicial de constitucionalidade das leis somente foi desenvolvido como uma teoria autônoma a partir do caso *Marbury v. Madison*, de 1803.

Para assegurar um Estado Constitucional é preciso que a constituição esteja revestida de garantias que preservem a sua própria existência. Não basta falar em proteção do Estado, sem a sua correlata e efetiva garantia da constitucional.

Nessa vertente é que surge o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral, ou seja, o controle é um dos instrumentos garantidores da incolumidade constitucional, como afirma José Joaquim Gomes Canotilho<sup>1</sup>:

II – Meios e institutos de defesa da Constituição  
Globalmente considerados, as garantias de existência da constituição consistem: (1) na vinculação de todos os poderes públicos (designadamente do legislativo, executivo e judicial) à constituição; (2) na existência de competências de CONTROLO, políticas e jurisdicionais, do cumprimento da constituição.

A lei inconstitucional é a lei que diverge das disposições constitucionais. O controle de constitucionalidade está voltado exatamente para a verificação dos mecanismos capazes de afastar a aplicação das leis inconstitucionais. O controle judicial de constitucionalidade é uma das formas de exercício dessa atividade saneadora do ordenamento jurídico.

Jorge Miranda<sup>2</sup> faz um excuro histórico sobre o desenvolvimento da idéia de controle judicial de constitucionalidade das leis. O autor dividiu historicamente o assunto em três momentos distintos: a) “liberalismo, inconstitucionalidade da lei e

---

<sup>1</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra : Almedina, 1999, p 824.

<sup>2</sup> MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 42 - 57.

fiscalização”; b) “a monarquia constitucional e a fiscalização da constitucionalidade” e c) “modelo norte-americano de garantia judicial da constitucionalidade”.

No liberalismo, ainda que existente uma inconstitucionalidade, prevalecia a supremacia da divisão dos poderes, não podendo o Judiciário se imiscuir nas questões do Poder Legislativo. Nessa fase, permitia-se a possibilidade de reclamação dos indivíduos, mas não era aceita a verificação judicial do ato legislativo tido por inconstitucional. Conforme salienta Jorge Miranda o constitucionalismo europeu não acolheu a possibilidade de garantia jurisdicional por entendê-la incompatível com a separação dos poderes, tanto que se os órgãos judiciais se deparassem com “o problema da inconstitucionalidade das leis”, desde logo, “declarar-se-iam incompetentes”<sup>3</sup>.

Sobre a monarquia constitucional, esse autor<sup>4</sup> relata alguns modelos distintos de monarquia, para situar a questão na monarquia constitucional propriamente dita, na qual o monarca tem o seu poder espalhado por “toda a vida do Estado”. Nessa forma de governo, no momento histórico específico, não se poderia imaginar que a autoridade do monarca estivesse limitada por outro poder estatal. Todos os demais órgãos estatais tinham o seu próprio funcionamento condicionado à vontade do soberano. Dessa forma, é evidente que a “monarquia constitucional deste tipo não adoptaria um complexo de garantias de constitucionalidade de frente de um Monarca possuidor do poder supremo”.

Jorge Miranda<sup>5</sup> aponta a importância para o constitucionalismo moderno do modelo norte-americano de garantia judicial da constituição. Ressaltando os ensinamentos de Hamilton, destaca o papel fundamental do Poder Judiciário na verificação da constitucionalidade das leis, uma vez que não podem os seus órgãos aplicar leis que sejam inconstitucionais. Essa impossibilidade de aplicação de atos inconstitucionais está relacionada com o respeito à vontade do povo. As leis são elaboradas pelos representantes do povo, que possuem a atribuição de manifestar a sua vontade. A Constituição é a expressão máxima dessa vontade, não podendo o ordenamento

---

<sup>3</sup> Ibid, p. 44.

<sup>4</sup> Ibid, p. 46-49.

<sup>5</sup> Ibid, p. 54.

jurídico desrespeitar o que nela está expresso. Dessa forma, torna-se “mais razoável admitir os tribunais como elementos colocados entre o povo e o corpo legislativo” servindo como instrumento para fazer valer a vontade do primeiro. Não há que se falar de qualquer supremacia do “poder judicial sobre o poder legislativo”; quem é superior é o povo.

Dada a importância do controle judicial de constitucionalidade, dentro de seu papel de garantidor da ordem constitucional<sup>6</sup> e, por conseqüência, do próprio estado de direito, faz-se necessária a discussão sobre a natureza jurídica da inconstitucionalidade e do provimento jurisdicional de mérito que a reconheça.

O modelo misto de controle de constitucionalidade utilizado pelo direito brasileiro possui várias peculiaridades. Essas características específicas determinam que decisões judiciais de controle de constitucionalidade tenham conseqüências distintas de acordo com a natureza de cada uma.

Sendo assim, o tema do controle de constitucionalidade levanta questões de grande complexidade e importância para o ordenamento jurídico. O dogma da nulidade das leis inconstitucionais tem provocado reflexões doutrinárias e jurisprudenciais, muito pouco refletidas, sobre as conseqüências das decisões judiciais tomadas nesse campo.

Especificamente, em relação aos efeitos dos provimentos judiciais de mérito praticados no controle concentrado de constitucionalidade, que reconhecem a inconstitucionalidade por ação da lei ou do ato normativo, é relevante a discussão sobre qual é a natureza jurídica do ato inconstitucional e do provimento jurisdicional que o proclama e, por conseguinte, sobre quais são os efeitos produzidos.

---

<sup>6</sup> Não bastam os limites ao poder do legislador, é preciso garantir a efetividade desses limites. Essa garantia pode ser feita por controle político ou por controle jurisdicional. Em decorrência da importância das formas de controle que garantam a integridade constitucional, Mauro Cappelletti afirma que “a necessidade de impor um limite ao próprio legislador, e de torná-lo efetivo através de um controle judicial, é uma necessidade profundamente radicada na história, mesmo antiga da civilização.” (CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 45) A existência de controle de constitucionalidade judicial difuso permite maior efetividade na atividade de controle, já que impede a aplicação de leis inconstitucionais nos casos concretos levados à apreciação judicial, permitindo maior acesso à justiça.

Assim, surgem as dúvidas que se pretende esclarecer: será que são aplicáveis ao sistema brasileiro de controle judicial abstrato de constitucionalidade por ação os conceitos civilísticos de nulidade e anulabilidade dos atos inconstitucionais? E a aplicação dos planos da inexistência e da ineficácia? Será que basta dizer que a lei ou o ato normativo impugnado era nulo? Até que medida esses conceitos não podem ser aplicados na atividade constitucional, em decorrência das características e especificidades inerentes ao controle judicial abstrato de constitucionalidade por ação? A inconstitucionalidade tem a natureza jurídica do ato de revogação dos atos administrativos? Quais serão os melhores critérios de definição dos vícios que alcançam as normas jurídicas tidas por inconstitucionais?

Pois bem, para responder a tantos questionamentos é preciso, antes de tudo, entender qual o real significado dos critérios de verificação da validade dos atos jurídicos no Direito Civil, devendo ser também analisados os conceitos publicistas de validade dos atos praticados pela Administração Pública. Com base nessa parte inicial, será verificada a natureza jurídica da inconstitucionalidade, ou seja, a que tipo de vício ela pertence, para, finalmente, ser enfrentada a questão da natureza jurídica do provimento jurisdicional proferido em sede de controle abstrato de constitucionalidade por ação, especificamente nas ações diretas de inconstitucionalidade no Brasil.

## 2 CONCEITOS CIVILÍSTICOS SOBRE VALIDADE DOS ATOS JURÍDICOS

Para verificação da forma de ingresso dos atos jurídicos no mundo jurídico, a maioria dos civilistas reconhece a existência de três planos: o plano da existência dos atos jurídicos, o plano da validade dos atos jurídicos e o plano da eficácia dos atos jurídicos. Como afirma Zeno Veloso<sup>7</sup>, os planos não podem ser confundidos; dentro de cada um será feita uma verificação específica dos atos jurídicos, na medida em que o ato “inválido existe”, uma vez que é “algo que *entrou* no mundo jurídico, *que é*, embora não valha ou não possa valer”. Por outro lado também não podem ser confundidas as idéias de invalidade e ineficácia, porque existem atos que são ineficazes, mas são válidos.

Não se podem analisar a existência, a validade e a eficácia dos atos jurídicos sem que, inicialmente, sejam conhecidos os conceitos, estabelecidas as classificações e encontradas as distinções entre os fatos jurídicos, atos jurídicos e negócios jurídicos. Somente depois de entendidas essas questões é que se pode avançar para a verificação dos planos de ingresso no mundo jurídico.

### 2.1 FATOS JURÍDICOS, ATOS JURÍDICOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS

Preliminarmente, deve-se adotar uma classificação referente às distinções entre: fato jurídico, ato jurídico e negócio jurídico. A distinção entre esses institutos suscita várias posições doutrinárias distintas, ensejando discussões extremamente importantes. Entretanto, como não se trata do foco principal deste estudo, será apresentada uma mera classificação, sem que sejam tratadas profundamente as divergências doutrinárias existentes.

A vivência humana em sociedade está permeada pela existência de vários fatos, ou seja, de acontecimentos da vida que podem ser decorrentes da vontade humana ou

---

<sup>7</sup> VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 24.

de acontecimentos naturais. Nem tudo o que acontece no mundo fático é interessante para o Direito<sup>8</sup>. Há acontecimentos que, por evidência, não interessam aos juristas, basta o homem olhar ao seu próprio redor para identificar facilmente alguns fatos que não despertam o cuidado do direito, por exemplo<sup>9</sup>, a fruta que apodrece na fruteira e fica impossibilitada de uso. O direito não irá se preocupar com esse fato<sup>10</sup>.

Mas há fatos que, pela sua relevância, passam a ser considerados como jurídicos, merecendo a atenção do Direito. São denominados de fatos jurídicos *lato sensu*, ou seja, são os fatos da vida que estão aptos a produzir efeitos jurídicos. Esse é o conceito utilizado por Orlando Gomes: “fato jurídico é tudo aquilo a que uma norma jurídica atribui um efeito jurídico”<sup>11</sup>.

Como preceitua Zeno Veloso, que faz referência a Frederich Carl von Savigny, “fatos jurídicos são acontecimentos naturais ou ações humanas que produzem conseqüências jurídicas”<sup>12</sup>.

Como afirma Francisco Amaral, “fatos jurídicos são acontecimentos que produzem efeitos jurídicos, causando o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas e de seus direitos”<sup>13</sup>.

Assim, um fato somente é jurídico se produzir efeitos jurídicos. Caso contrário, não há relevância para sua classificação, porque somente os fatos jurídicos apresentam-se “como a força de propulsão da relação jurídica, por efeito da qual se movimentam

---

<sup>8</sup> Entretanto, há quem amplie o conceito de fatos jurídicos. Dentre eles está Pietro Perlingieri, que critica a restrição imposta pela teoria da irrelevância jurídica: “Fato juridicamente relevante não é somente aquele produtor de conseqüências jurídicas que podem ser bem individuadas, mas qualquer fato, enquanto expressão positiva ou negativa (...) de valores ou de princípios presentes no ordenamento. Não existe fato que não tenha valoração expressa ou implícita no âmbito do ordenamento.” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Circo. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 90)

<sup>9</sup> Exemplo singelo e doméstico.

<sup>10</sup> A não ser que a fruta tenha estragado fora do tempo certo, por contar, por exemplo, com quantidade excessiva de agrotóxicos, o que poderia ensejar, em tese, a tutela de defesa do consumidor, caso a fruta tenha sido adquirida em uma relação de consumo.

<sup>11</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao estudo do direito**. 12.ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 237.

<sup>12</sup> VELOSO, 2002, p. 1.

<sup>13</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil: Introdução**. 5.ed. rev. atual. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 343.

as normas jurídicas adequadas<sup>14</sup>, sendo essa a principal função dos fatos jurídicos, como afirma Orlando Gomes<sup>15</sup>.

Deve-se ressaltar que os fatos jurídicos podem ser positivos ou negativos (por exemplo, o decurso do tempo<sup>16</sup>), ou seja, podem ser expressos na forma de ação ou de omissão ou de abstenção, sem que com isso percam a natureza de fatos jurídicos. Roberto de Ruggiero<sup>17</sup> reconhece essa classificação dos fatos jurídicos, exemplificando como fatos positivos “a mudança de um rio”, entre outros e, como negativos, “as omissões e abstenções em geral”.

A doutrina civilista não pára por aí. Restam subdivisões que delimitam melhor os efeitos jurídicos decorrentes dos fatos jurídicos *lato sensu*, que são divididos em: fatos jurídicos *stricto sensu* e atos jurídicos<sup>18</sup> ou atos jurídicos *lato sensu*. Os primeiros são os decorrentes de fatos naturais, ou seja, involuntários, que independem de manifestação da vontade humana (por exemplo, a aluvião<sup>19</sup>) e os segundos são resultantes da vontade humana (por exemplo, a aquisição de propriedade imóvel pelo registro do título<sup>20</sup>).

---

<sup>14</sup> GOMES, 1996, p. 238.

<sup>15</sup> O autor reconhece três funções para os fatos jurídicos: “1) a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica; 2) substituição de preexistente relação jurídica; 3) a qualificação de uma pessoa, de uma coisa ou de outro fato.” (GOMES, 1996, p. 239.)

<sup>16</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello registra os decursos de tempo como fatos jurídicos, na medida em que o tempo é capaz de modificar as relações jurídicas estabelecidas e os denomina como “fatos jurídicos objetivos” considerando que não são decorrentes de acontecimentos da natureza: “A prescrição, a decadência, são relações entre o decurso do tempo e a inércia do titular do direito. Ambos têm sido reconhecidos universal e pacificamente como fatos jurídicos, em sentido estrito. (...) O próprio tempo não é nem uma coisa nem outra e também não é bastante para produzir os efeitos que *in casu* lhe são atribuídos, pois cumpre que esteja associado a uma inércia qualificada de dados sujeitos.” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13.ed. rev. amp. atua. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 338)

<sup>17</sup> RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução de Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1999, p. 310.

<sup>18</sup> Para alguns autores, como será demonstrado adiante, os atos ilícitos não estão dentro do conceito de atos jurídicos. Na verdade, eles seriam um terceiro grupo dentro do conceito de fatos jurídicos *lato sensu*, consistentes em uma categoria autônoma, juntamente com os fatos jurídicos *stricto sensu* e os atos jurídicos *lato sensu*.

<sup>19</sup> A propriedade imóvel pode ser adquirida por acessão, que pode se dar por formação de ilhas, por aluvião, por avulsão, por abandono de álveo ou por plantações ou construções. A aluvião está prevista no artigo 1250, do CC/02, que assim dispõe: “os acréscimos formados, sucessiva e imperceptivelmente, por depósito e aterro **naturais** ao longo das margens das correntes, ou pelo desvio das águas destas, pertencem aos donos dos terrenos marginais, sem indenização.” (sem grifo no original).

<sup>20</sup> CC/02, Artigo 1245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

Por outro lado, os atos jurídicos podem ou não comportar outra subdivisão de acordo com o entendimento doutrinário que for adotado. De acordo com a teoria monista<sup>21</sup>, não há subdivisão; há o enquadramento do conceito de negócio jurídico dentro da definição geral, não demandando uma separação. É a denominada doutrina clássica, como afirma Zeno Veloso: “para a doutrina clássica, de inspiração francesa, os atos jurídicos não comportam subdivisão”<sup>22</sup>.

E mais adiante, o mesmo autor afirma que, para a teoria dualista, os atos jurídicos ou atos jurídicos *lato sensu* podem ainda ser subdivididos em ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico.

A doutrina dualista é defendida pelos civilistas modernos, sendo mais condizente com a atualidade social, uma vez que não há como desprezar a existência de atos que tenham uma natureza própria, quais sejam, os negócios jurídicos. É até mesmo uma forma de prestigiar a autonomia da vontade<sup>23</sup>, que no direito da atualidade possui uma grande força nas relações sociais, bem como o princípio da liberdade contratual<sup>24</sup>, em que pesem as ingerências estatais em algumas relações

---

<sup>21</sup> Dentre os autores que não reconhecem a dicotomia entre ato jurídico e negócio jurídico encontra-se Vicente Ráo, ao afirmar que a doutrina alemã que estabeleceu a noção bipartida não encontrou sustentação: “essa distinção e suas subdivisões foram objeto de longos, profundos e sutis estudos que, contudo, não chegaram a construir uma doutrina definitiva, na matéria.” (RÁO, Vicente. **Ato jurídico**: Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4.ed. anot. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 41).

<sup>22</sup> VELOSO, 2002, p. 3.

<sup>23</sup> Em que pese não se tratar do foco principal desse trabalho, não se pode deixar passar a oportunidade de mencionar as novas dimensões do Direito Civil em relação ao princípio da autonomia da vontade, no momento atual. Com o movimento de constitucionalização do Direito Civil, surge também a idéia de descodificação desse direito, isso porque as novas relações sociais são mais complexas e dinâmicas, não comportando mais a noção de que os códigos estanques sejam capazes de regular todas as questões, que surgem constantemente na vivência social. Essa complexidade pós-moderna é decisiva para determinar que as velhas formas legislativas (códigos que tentavam solucionar todas as questões) não encontram mais respaldo. Sendo assim, diante dessas questões, o princípio da autonomia da vontade ganha novas dimensões, na medida em que determina a maior liberdade para que os indivíduos escolham os seus caminhos, até mesmo afastando a intromissão do Estado. Nesse sentido se posiciona Taísa Maria Macena de Lima, ao afirmar que “em nome do princípio da autonomia da vontade, opera-se a resistência do indivíduo à intromissão do Estado no espaço que deve ser só seu, na legítima tentativa de ser feliz. Por isso mesmo, a autonomia da vontade assume novas dimensões...” (LIMA, Taísa Maria Macena de. Princípios fundantes do direito civil atual. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil**: Atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 248).

<sup>24</sup> Com relação aos negócios jurídicos, há outro princípio do direito civil, menos amplo que o princípio da autonomia da vontade, qual seja, o princípio da liberdade de estipulação negocial, por meio do qual as partes têm plena liberdade para estabelecer os direitos e os deveres livremente entre si, desde que respeitado o ordenamento jurídico e os bons costumes. Historicamente, houve oscilação entre o dirigismo contratual e a liberdade contratual. Atualmente, o Estado tem demonstrado maior

contratuais, para proteção de parte vulnerável<sup>25</sup> (por exemplo, contrato de consumo)<sup>26</sup>.

Caio Mário da Silva Pereira<sup>27</sup> adota a posição mais moderna de aplicação da teoria dualista, posiciona-se pela distinção entre o negócio jurídico e o ato jurídico. Considera que ambos são “fatos humanos voluntários”, entretanto ressalta que no negócio jurídico o “agente persegue o efeito jurídico (*Rechtsgeschäft*)”. Por outro lado, no ato jurídico *stricto sensu*, “os efeitos jurídicos são gerados independentemente de serem perseguidos diretamente pelos agentes”.

Registrando a posição mais moderna de adoção da teoria dualista, José Abreu Filho<sup>28</sup>, após a análise da doutrina italiana (Stolfi e Passarelli), verifica a pertinência dos seus argumentos e defende a colocação do negócio jurídico “como figura autônoma”.

---

cuidado com o controle dos contratos que por sua natureza demandem uma fiscalização mais séria, em decorrência dos interesses em questão. Mas como regra geral vige a liberdade contratual. Entretanto, a liberdade contratual pode sofrer limitações decorrentes de condutas que podem causar vícios de vontade capazes de causar a anulação dos contratos. O novo Código Civil de 2002 contemplou duas hipóteses de vícios dos negócios jurídicos que são capazes de causar a anulação contratual quando ocorra desigualdade entre as partes, capaz de provocar um defeito na expressão de vontade de uma delas. São as hipóteses do estado de perigo e da lesão previstos, respectivamente, nos artigos 156 e 157. Entretanto, não se tratam de novidades no ordenamento jurídico brasileiro porque o Código de Defesa do Consumidor já contemplava a hipótese de vício causador da nulidade quando presente a lesão.

<sup>25</sup> Luiz Antonio Rizzato Nunes afirma que o princípio constitucional da liberdade é princípio aplicado às relações de consumo, sendo como regra a liberdade de escolha para a contratação livre. Entretanto, o princípio não é absoluto; deve sofrer uma limitação, quando nas relações jurídicas não exista paridade entre os contratantes, o que justifica a intervenção estatal para garantia da efetiva liberdade da parte vulnerável. “A consequência disso é que o Estado deverá intervir quer na produção, quer na distribuição de produtos e serviços, não só para garantir essa liberdade mas também para regular aqueles bens que, essenciais às pessoas, elas não possam adquirir por falta da capacidade de escolha” (NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 27.).

<sup>26</sup> A idéia do negócio jurídico como um instituto autônomo surgiu na escola pandectista alemã, refletindo o anseio de plena liberdade contratual individual, decorrente das idéias do liberalismo econômico. Com o surgimento do Estado Social, a intervenção estatal nas relações privadas começa a ser maior, como garantia de efetividade dos direitos sociais. Mesmo se tratando o negócio jurídico de uma manifestação da vontade individual, continua ele sendo importante instrumento para as relações sociais. Sobre essa transição histórica, leciona Rachel Campani Schmiedel: “O negócio jurídico, deixando de ser mero instrumento de regulação da liberdade individual, passa a ser encarado como importante fator de equilíbrio social, notadamente a partir do desenvolvimento da noção da autonomia privada, entendida como os atos de iniciativa privada considerados idôneos a comporem o suporte fático da espécie negocial e a receberem a tutela da ordem jurídica.” (SCHMIEDEL, Raquel Campani. **Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 4)

<sup>27</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. I, p. 475-476.

<sup>28</sup> ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 18.

O negócio jurídico para a teoria dualista está caracterizado por uma manifestação de vontade mais intensa do que a manifestação volitiva dos atos jurídicos *stricto sensu*. A vontade no negócio jurídico é qualificada para a obtenção de efeitos específicos queridos pelas partes (sejam os efeitos estabelecidos pela lei ou pelas próprias partes), sendo esse o aspecto que o diferencia dos atos jurídicos *stricto sensu*<sup>29</sup>.

Como conceito de atos jurídicos *stricto sensu*, Francisco Amaral afirma que se tratam de “simples declarações de vontade que produzem efeitos já estabelecidos na lei (...), como por exemplo, o casamento, o reconhecimento de filho, a fixação de domicílio...”<sup>30</sup>. Esse autor também adere à teoria dualista, reconhecendo a divisão entre os atos jurídicos *lato sensu* em atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos. Fica claro que para o autor os negócios jurídicos são os atos jurídicos em sentido estrito intensificados pela vontade de produção de efeitos específicos.

Entretanto, as divergências doutrinárias não param por aí. Entre os adeptos da própria teoria dualista, há uma divergência quanto à existência ou não de outra subdivisão dos atos jurídicos *lato sensu*, qual seja, a admissão ou não da colocação dos atos ilícitos como grupo autônomo dentro dos atos jurídicos *lato sensu*.

Os autores contrários ao reconhecimento dos atos ilícitos como uma subdivisão dos atos jurídicos *lato sensu* entendem que os atos ilícitos são fatos jurídicos, mas não atos jurídicos, porque são contrários à lei, em que pese a sua aptidão para produzirem efeitos. Nessa linha de raciocínio Zeno Veloso<sup>31</sup> afirma que os negócios jurídicos e os atos jurídicos em sentido estrito têm que ser lícitos, entretanto reconhece que os atos ilícitos são uma categoria de fatos jurídicos *lato sensu*. O autor refuta a idéia de que o ato ilícito seja um fato jurídico da espécie ato jurídico.

---

<sup>29</sup> Dentre os autores que adotam a teoria dualista há divergência sobre o conceito do negócio jurídico. Ora os negócios jurídicos são entendidos como atos de manifestação de vontade, ora como manifestação de vontade capaz de gerar efeitos normativos entre as partes. Por vezes é reforçado o seu aspecto de autonomia da vontade; em outros momentos é ressaltada a sua característica de auto-regramento da vontade. O que dá ensejo à construção de teorias específicas para a elaboração do conceito.

<sup>30</sup> AMARAL, 2003, p. 344.

<sup>31</sup> VELOSO, 2002, p. 16-19.

No mesmo sentido Orlando Gomes<sup>32</sup> identifica os atos ilícitos como fatos jurídicos, mas não os coloca na classificação de atos jurídicos *lato sensu*.

Os autores que defendem uma classificação autônoma para os atos ilícitos fundamentam a sua posição pela identificação de características específicas dessa categoria de atos, mas que não perdem as suas características de atos jurídicos *lato sensu*. Roberto de Ruggiero<sup>33</sup> defende a subdivisão dos atos jurídicos *lato sensu* entre atos lícitos e ilícitos, ao reconhecer que os atos jurídicos em sentido amplo podem “ser ou não conforme o direito objetivo”. Para esse autor, o ato ilícito é “um ato que o ordenamento reprova e reprime”.

A divisão dos atos voluntários em lícitos e ilícitos é também a posição dos seguintes autores: Francisco Amaral<sup>34</sup> e Caio Mário da Silva Pereira<sup>35</sup> que deixam claro que entre os ATOS LÍCITOS estão os negócios jurídicos e os atos jurídicos *stricto sensu*.

Diante da divergência doutrinária, será adotada a posição que considera os fatos ilícitos como subcategoria dos atos jurídicos *lato sensu*. Não se venha argumentar que o ato ilícito NÃO é jurídico, porque é contrário à lei. Ora, esse tipo de raciocínio conduz à conclusão absurda de que pelo fato de ser contrário à lei não produz efeitos jurídicos<sup>36</sup>.

Depois de analisada a doutrina, pode-se concluir pela adoção da seguinte classificação dos fatos da vida<sup>37</sup>:

---

<sup>32</sup> GOMES, 1996, p. 239.

<sup>33</sup> RUGGIERO, 1999, p. 313.

<sup>34</sup> AMARAL, 2003, p. 344.

<sup>35</sup> PEREIRA, 2004, vol. I, p. 459.

<sup>36</sup> Esse raciocínio deve ser afastado, na medida em que até mesmo os ilícitos penais (são os atos ilícitos mais graves, já que demandam a proteção criminal) produzem efeitos jurídicos no mundo dos fatos.

<sup>37</sup> Na doutrina, há autores que formulam quadros de classificação semelhantes ao apresentado. No quadro elaborado por Maria Helena Diniz (1999, p. 522 e 532), não consta a divisão dos atos jurídicos *lato sensu* em atos ilícitos e atos lícitos, em que pese a autora considerar os atos ilícitos como atos jurídicos.

|                     |                                      |                                  |                                     |               |
|---------------------|--------------------------------------|----------------------------------|-------------------------------------|---------------|
| Fatos               |                                      |                                  |                                     |               |
| Fatos não jurídicos | Fatos jurídicos <i>lato sensu</i>    |                                  |                                     |               |
|                     | Fatos jurídicos <i>stricto sensu</i> | Atos jurídicos <i>lato sensu</i> |                                     |               |
|                     |                                      | Atos lícitos                     |                                     | Atos ilícitos |
|                     |                                      | Negócios jurídicos               | Atos jurídicos <i>stricto sensu</i> |               |

Como se pode constatar pelo disposto nos artigos 104<sup>38</sup> e 186<sup>39</sup>, ambos do Código Civil de 2002, no Brasil:

- a. foi adotada a teoria dualista<sup>40</sup>, que considera a existência do negócio jurídico com uma subdivisão da classificação dos atos jurídicos *lato sensu*, considerando os negócios jurídicos como subdivisão específica; e
- b. os atos ilícitos são considerados como categoria específica entre os atos jurídicos *lato sensu*.

Pois bem, resta saber o que diferencia os negócios jurídicos dos demais atos jurídicos *stricto sensu*. Trata-se, na verdade, da constatação de existência nos negócios jurídicos de uma vontade qualificada das partes, que seja capaz por si só de criar efeitos jurídicos, independentemente da vontade da lei. Como afirma Zeno Veloso<sup>41</sup>, o negócio jurídico tem uma vontade com “maior vigor e intensidade” que a vontade expressa nos atos jurídicos em sentido estrito. A vontade expressa nos negócios jurídicos é capaz de provocar “efeitos correspondentes” aos “objetivos e interesses” das partes manifestantes. Ou seja, nos negócios jurídicos, há uma verdadeira “vontade de resultado”.

<sup>38</sup> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei.

<sup>39</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>40</sup> O Direito Civil brasileiro acompanhou o entendimento que já vinha sendo defendido por boa parte da doutrina, ao adotar a teoria dualista. No Código Civil de 1916, era adotada a teoria monista, ou seja, o negócio jurídico era considerado como ato jurídico, inexistia um tratamento específico.

<sup>41</sup> VELOSO, 2002, p. 10.

Os negócios jurídicos são verdadeiras normas privadas, com efeito vinculante para as partes, ou seja, as suas vontades têm efeitos normativos. Nesse sentido posiciona-se Hans Kelsen<sup>42</sup>, ao considerar a força normativa para os atos de vontade:

Ora o conhecimento jurídico dirige-se a estas normas que possuem o carácter de normas jurídicas e conferem a determinados factos o carácter de actos jurídicos (ou antijurídicos). Na verdade, o Direito, que constitui o objecto deste conhecimento, é uma ordem normativa de conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo “norma” quer-se significar que algo *deve* ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira. É este o sentido que possuem determinados actos humanos que intencionalmente se dirigem à conduta de outrem não só quando, em conformidade com o seu sentido, prescrevem (comandam) essa conduta, mas também quando a permitem e, especialmente, quando conferem o poder de a realizar, isto é, quando a outrem é atribuído um determinado poder, especialmente o poder de ele próprio estabelecer normas. Tais actos são – entendidos neste sentido – actos de vontade.

Mas essa força normativa dos negócios jurídicos<sup>43</sup> por evidência não pode extrapolar a lei, a ordem pública e os bons costumes. Isto é, devem ser evitados de licitude. Como afirma Caio Mário da Silva Pereira, “é preciso que este ato seja LÍCITO, requisito resultante de sua confrontação com o ordenamento jurídico”<sup>44</sup>.

Como assevera Raquel Campani Schmiedel<sup>45</sup>, Emílio Betti (defensor da teoria subjetiva<sup>46</sup> de conceituação do negócio jurídico) é contrário à idéia de força normativa das manifestações de vontade exaradas nos negócios jurídicos. O doutrinador defende a noção de que os negócios jurídicos são fontes de obrigações e não de normas jurídicas. Somente são competentes para o estabelecimento de

<sup>42</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6.ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 5.

<sup>43</sup> De acordo com Rose Melo Vencelau, “o termo NEGÓCIO JURÍDICO, produto da doutrina pandectística alemã, representa o ponto alto da autonomia privada. É por meio do negócio jurídico que se manifesta a maior expressão da vontade, como auto-regulamentação dos próprios interesses”. (VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e suas modalidades. In:TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 183.)

<sup>44</sup> PEREIRA, 2004, vol. I, p. 478.

<sup>45</sup> SCHMIEDEL, Raquel Campani. **Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias**. São Paulo: Saraiva, 1981. 94 p.

<sup>46</sup> Para conceituação dos negócios jurídicos, na doutrina há divergência decorrente da existência de duas grandes correntes distintas, adeptas das seguintes teorias: subjetiva e objetiva. O professor Antonio Junqueira de Azevedo (baseando-se na doutrina italiana) defende uma posição que mescla as duas teorias, formulando o conceito estrutural do negócio jurídico. Em decorrência do objeto do presente trabalho, essa questão não será tratada com mais vagar.

normas jurídicas os entes políticos que tenham recebido constitucionalmente competência para tanto. A “autonomia privada” está restrita à possibilidade de integração das normas jurídicas já existentes, atribuindo vida concreta às relações “abstrata e genericamente previstas pela norma jurídica”.

Questionando o poder normativo dos negócios jurídicos, foi apresentado o conceito estrutural por Antonio Junqueira de Azevedo<sup>47</sup> (com fundamento na doutrina italiana), que afirma serem os negócios jurídicos:

- a) decorrentes de manifestação de vontade socialmente relevante, ou seja, que pela sociedade é vista como apta à produção de efeitos<sup>48</sup>; e
- b) aptos à produção de efeitos jurídicos queridos pelas partes<sup>49</sup>.

Estabelecidos os conceitos e as distinções acima, pode-se prosseguir para a verificação dos mecanismos que regulam o ingresso dos atos jurídicos no mundo jurídico.

---

<sup>47</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21.

<sup>48</sup> ...”quer-nos parecer que uma concepção estrutural do negócio jurídico, sem repudiar inteiramente as concepções voluntaristas, dela se afasta, porque não se trata mais de entender por negócio um ato de vontade do agente, mas sim um ato que SOCIALMENTE é visto como ato de vontade destinado a produzir efeitos”.(AZEVEDO, 2002, p.21)

<sup>49</sup> “Por outro lado, rejeitada como artificial a idéia do negócio jurídico como NORMA JURÍDICA CONCRETA, nem por isso a visão ora apresentada deixa de ser menos objetiva que a das concepções preceptivas. Não ficam, através dela, de forma alguma esquecidos os efeitos que do negócio resultam; esses efeitos, porém não estão presos, como normas, a outras normas, mas sim, mais simplesmente, são relações jurídicas (em sentido lato) que o ordenamento jurídico, respeitados certos pressupostos (de existência, validade, eficácia), atribui ao negócio, em correspondência com os efeitos manifestados como queridos.” (AZEVEDO, 2002, p.21)

## 2.2 OS PLANOS DA EXISTÊNCIA, DA VALIDADE E DA EFICÁCIA DOS ATOS JURÍDICOS<sup>50</sup>

Existem três planos de análise para a verificação do ingresso dos atos jurídicos no mundo jurídico, quais sejam, o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia. Nesse sentido se posiciona Antonio Junqueira de Azevedo<sup>51</sup>, ao afirmar que “plano da existência, plano da validade e plano da eficácia são os três planos nos quais a mente humana deve sucessivamente examinar o negócio jurídico, a fim de verificar se ele obtém plena realização”.

A análise dos planos acima citados é feita tanto para os atos jurídicos como para os negócios jurídicos, sendo adotada essa posição em todo o trabalho, por concordância com Leonardo Mattietto<sup>52</sup>, que afirma devam ser aplicadas as mesmas regras tanto para uns quanto para outros.

Em que pese a maioria da doutrina reconhecer os três planos distintos, há doutrinadores que não reconhecem a existência do plano da eficácia.

Por outro lado, também há divergência doutrinária sobre o cabimento ou não de um plano logicamente antecedente que consiste na verificação da existência ou inexistência do ato jurídico. Inclusive, há os que entendem ser inútil esse tipo de análise e especificação. Na medida em que os vícios apontados como definidores de inexistência dos atos jurídicos podem ser plenamente tratados no plano da validade, sendo que a verificação de nulidade é suficiente, isso torna inútil a verificação no plano da existência. Nesse sentido caminha Martinho Garcez<sup>53</sup>, ao afirmar que nulidade é o mesmo que inexistência.

---

<sup>50</sup> Em toda a doutrina civilista, a verificação dos planos de ingresso no mundo jurídico é feita tendo por base os negócios jurídicos. Entretanto, as menções aos negócios jurídicos têm aplicação aos atos jurídicos em geral. Quando não for assim, o texto trará a especificação das distinções que se fizerem necessárias.

<sup>51</sup> AZEVEDO, 2002, p. 24.

<sup>52</sup> MATTIETTO, Leonardo. Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil**. Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 324.

<sup>53</sup> GARCEZ, Martinho. **Das nulidades dos atos jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 14.

Os doutrinadores que são contrários à verificação da validade dos atos jurídicos no plano da existência afirmam, além dos argumentos acima, que esse tipo de verificação seria de difícil aplicação prática, dada a raridade de ocorrência no mundo dos fatos de vícios que pudessem justificar a sua incidência. Situações que ensejariam a inexistência, tal como a coação física (*vis absoluta*), são de raridade ímpar.

Outro argumento utilizado para afastar a aplicação do plano da inexistência reside na afirmação de que o Código Civil Brasileiro não regulou a inexistência dos fatos jurídicos, tendo se limitado a tratar da nulidade e da anulabilidade. Entretanto, esse entendimento não deve prevalecer, pelos seguintes motivos:

- a. há um plano lógico que antecede a verificação da nulidade e anulabilidade, em decorrência da gravidade do vício que esteja inquinando o ato;
- b. a alegação de raridade de ocorrência não pode servir para justificar a indiferença da ciência jurídica; e
- c. o Código Civil não tem que tratar do que não existe.

Orlando Gomes<sup>54</sup> é um dos autores que defendem a irrelevância de verificação dos atos e negócios jurídicos no plano da existência. Depois de analisar os fundamentos formulados pelos defensores da teoria da inexistência, o autor afirma que as questões surgidas no plano da existência podem ser resolvidas no plano da nulidade. No seu entender, é dispensável que os legisladores se ocupem com essa questão.

No mesmo sentido posiciona-se Roberto de Ruggiero<sup>55</sup>, ao afirmar que a falta ao negócio jurídico de “um dos elementos essenciais para a sua existência jurídica” é causa de nulidade, ou seja, a inexistência é resolvida no plano da nulidade.

---

<sup>54</sup> GOMES, 1996, p. 470-471.

<sup>55</sup> RUGGIERO, 1999, p. 391.

Por outro lado, Emílio Betti<sup>56</sup> afirma a importância da verificação dos atos e negócios jurídicos no plano da existência. O autor ressalta a necessidade de verificação dos atos jurídicos no plano da existência, já que no mundo real pode-se verificar a “verdadeira inexistência jurídica do negócio”, por que dele pode somente existir uma “vaga aparência”, capaz de causar a “impressão superficial” de celebração. Entretanto, essa imagem não será capaz de produzir qualquer efeito jurídico, “nem sequer de caráter negativo ou aberrante”.

No mesmo sentido, Francisco Amaral defende a independência de plano distinto para a análise da existência, ao afirmar que “a invalidade compreende a nulidade e a anulabilidade e difere da inexistência e da ineficácia, planos distintos na patologia do ato jurídico”<sup>57</sup>. José Abreu Filho<sup>58</sup> também reconhece a independência do plano da existência, ao propor a “divisão do negócio jurídico imperfeito”, nos seguintes termos: “a – negócio jurídico inválido: anulável e nulo; b – negócio jurídico inexistente; c – negócio ineficaz”.<sup>59</sup>

Marcos Bernardes de Mello também sustenta a existência dos três planos de ingresso no mundo jurídico apresentando argumentos bastante sólidos: “(a) a eficácia do ato jurídico putativo; (b) a conversibilidade do ato inválido e (c) a necessidade de desconstituição do ato inválido”<sup>60</sup>.

Para a defesa da necessidade de verificação do plano da existência, relevante estudo foi realizado pelo jurista alemão K S Zacharie, que comentou o Código Civil Francês e formulou a teoria do ato inexistente. Dentre vários exemplos, o autor analisou a possibilidade do casamento inexistente, aquele que seja realizado entre

---

<sup>56</sup> BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 9, Tomo III.

<sup>57</sup> AMARAL, 2003, p. 521.

<sup>58</sup> ABREU FILHO, 1997, p. 345.

<sup>59</sup> Merece observação a ordem que foi apresentada pelo autor. Na verdade, teria agido melhor se tivesse obedecido à seguinte ordem: negócio jurídico inexistente; negócio jurídico inválido: nulo e anulável; negócio jurídico ineficaz. A inversão de ordem entre o negócio jurídico inexistente e o inválido é incoerente com a noção de que a verificação da existência deve anteceder a da validade. Sem que o ato efetivamente exista, não há como ser verificada a sua validade, como afirma Raquel Campani Schmiechel: “o plano da existência constitui pressuposto lógico e necessário dos demais, pois a falta de qualquer elemento considerado essencial à constituição da categoria negocial determinará a frustração do negócio nesse plano” (SCHMIEDEL, Raquel Campani. **Negócio jurídico**: nulidades e medidas sanatórias. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 51).

<sup>60</sup> MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p 8.

peças do mesmo sexo ou em outras circunstâncias que impeçam a existência do ato. Nesse sentido relataram Zeno Veloso<sup>61</sup>, Leonardo Mattietto<sup>62</sup> e Orlando Gomes<sup>63</sup>.<sup>64</sup>

Adotando-se a posição de que são necessários os três planos: existência/inexistência, validade/invalidade e eficácia/ineficácia, é preciso delimitar a existência dos negócios jurídicos dentro dessa linha temporal na qual se sucedem os planos. Ou seja, urge determinar quando um negócio jurídico realmente existe, para depois ser válido, e, finalmente, ser capaz de produzir efeitos.

A solução está em determinar quais são os requisitos ou elementos que o negócio jurídico deve preencher em cada plano distinto, estando apto para seguir adiante. Essa não é uma tarefa fácil, já que a doutrina estabelece várias classificações para os elementos.

Dessa forma, nos itens seguintes serão analisados os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos dentro de sua adequação em cada plano distinto (existência, validade e eficácia).

A teoria das nulidades, como afirma Francisco Amaral, é o “conjunto de princípios, conceitos e disposições que se formou em torno dessa matéria, [...] essa construção teórica, elaborada com a preocupação de preservar a existência, a validade e a eficácia do negócio jurídico”<sup>65</sup>. Trata-se de tema extremamente complexo, não existindo posicionamento unânime na doutrina. A dificuldade de enfrentar o tema é ressaltada por Caio Mário da Silva Pereira<sup>66</sup>. No mesmo sentido manifesta-se

---

<sup>61</sup> VELOSO, 2002, p. 107.

<sup>62</sup> MATTIETTO, 2002, p. 325.

<sup>63</sup> GOMES, 1996, p. 468.

<sup>64</sup> Configura-se igualmente como ato inexistente para direito cambiário os atos que não estejam registrados nos títulos de crédito, assim são atos inexistentes para a relação cambiária. Essa configuração de inexistência é decorrente do princípio da literalidade, por meio do qual o “título de crédito corresponder a documento constitutivo de direito novo (relação cartular) e não probatório, ou declaratório, da relação causal”, como afirma Luiz Emygdio Franco da Rosa Júnior. (ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da. **Título de crédito**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 60).

<sup>65</sup> AMARAL, 2003, p. 520-521.

<sup>66</sup> PEREIRA, 2004, vol. I, p. 629.

Francisco Amaral<sup>67</sup>, ao falar sobre a teoria da nulidade, afirmando que não há uma sistematização satisfatória sobre o tema.

E, finalmente, para demonstrar a dificuldade sobre essas questões, registramos a posição de José Abreu Filho: “a doutrina é uniforme em registrar que a matéria objeto de nossa abordagem neste capítulo tem gerado desencontros e se prestado a confusões. Esta opinião é generalizada.”<sup>68</sup>

### **2.2.1 O plano da existência dos atos e dos negócios jurídicos**

Como já dito acima, o jurista alemão Zachariae foi responsável por defender a teoria dos atos inexistentes, estabelecendo, como afirma Leonardo Mattietto, a distinção entre eles e os atos nulos: “o primeiro (ato inexistente) não existe para a lei, enquanto que o segundo (ato nulo) existe contra a lei”<sup>69</sup>.

Em seus estudos sobre o Direito de Família, especificamente, sobre a validade do casamento, Zachariae percebeu a necessidade de ser construída uma teoria sobre a inexistência de alguns atos jurídicos. Ele verificou que em determinadas circunstâncias, mesmo sem a previsão legal de nulidade, o ato não poderia ser considerado como existente, como, por exemplo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, que não era punido com nulidade no direito civil francês, mas padece de vício superior ao da nulidade, por falta do próprio objeto (união de duas pessoas de sexos distintos), sendo, portanto, ato inexistente. Foi com isso que estabeleceu a “diferenciação, de um lado, entre as chamadas condições de existência do ato e, de outro, suas condições de validade”<sup>70</sup>, como afirma José Abreu Filho.

---

<sup>67</sup> AMARAL, 2003, p. 521.

<sup>68</sup> ABREU FILHO, 1997, p. 334.

<sup>69</sup> MATTIETTO, 2002, p. 325.

<sup>70</sup> ABREU FILHO, 1997, p. 338.

A existência do ato estaria vinculada a questões de fato e a validade, a questões de direito. A primeira daria ensejo à verificação no plano da existência, enquanto que a segunda, no plano da validade.

Caio Mário da Silva Pereira reconhece a existência de uma “categoria de ato inválido” consistente na INEXISTÊNCIA, na qual “se verifica a ausência de elementos constitutivos do negócio jurídico, de tal forma que não se chega a formar”<sup>71</sup>. Orlando Gomes<sup>72</sup> também ressalta a distinção entre o ato inexistente (“apresenta defeito que a lei considera bastante grave para lhe recusar validade”) e o ato nulo, nos termos expostos pela teoria da inexistência, em que pese seja o autor um opositor à necessidade de tal teoria<sup>73</sup>.

Outro aspecto que demonstra a necessidade de verificação do negócio jurídico no plano da existência reside na produção de efeitos distintos, dependendo do vício do qual padeça o ato. Com essa preocupação, Caio Mário da Silva Pereira<sup>74</sup> aponta uma distinção relevante entre os efeitos do reconhecimento de vícios nos dois planos, no sentido de que o ato inexistente é incapaz de gerar efeitos jurídicos, porque “não passa de uma mera aparência de ato”.

A jurisprudência pátria também acolhe a aplicação da teoria da inexistência dos atos jurídicos, como se pode constatar pelos julgados do Superior Tribunal de Justiça, inclusive com súmula sobre a matéria de n. 115, que se encontra assim redigida: “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos.”

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal também é pelo acolhimento da inexistência dos atos jurídicos sem a assinatura. Como se pode constar na decisão

---

<sup>71</sup> PEREIRA, 2004, vol. I, p. 631.

<sup>72</sup> GOMES, 1996, p. 469.

<sup>73</sup> Orlando Gomes é opositor à necessidade de verificação dos atos e negócios jurídicos no plano da existência, por julgar inútil essa análise, já que os vícios (vontade e objeto) podem ser plenamente resolvidos no campo da nulidade e da anulabilidade. Entretanto, é feita a citação do autor em decorrência de sua importância para a doutrina brasileira e pelo preciso relato que faz sobre a teoria da inexistência (mesmo que para criticá-la), motivos pelos quais, não poderia deixar de ser citado.

<sup>74</sup> PEREIRA, 2004, vol. I, p. 648.

monocrática da Ministra Ellen Gracie proferida no RE 396828/MS<sup>75</sup>, na qual a ministra relatora considera inexistente um despacho que ela proferiu, mas que foi para os autos sem a sua assinatura. A Ministra cita vários antecedentes da corte suprema nesse sentido<sup>76</sup>.

A inexistência do ato é caracterizada pela sua própria imaterialidade, ou seja, falta de requisito de ordem material para a existência do ato. Ato inexistente é aquele que não tem objeto e nem vontade materialmente demonstrados, vale dizer, trata-se de um ato sem substância.

Dessa sua característica decorre a sua principal diferença em relação à nulidade (seja ela de que nomenclatura for: relativa, absoluta, nulidade ou anulabilidade), qual seja, o ato inexistente não demanda a necessária declaração judicial para não produzir efeitos. Isso porque o ato inexistente é um nada jurídico, como afirma Caio Mário da Silva Pereira, “é vazio de conteúdo, independentemente de qualquer provimento”<sup>77</sup>.

Apesar de existir divergência, não há como querer que o ato inexistente seja capaz de refletir qualquer tipo de existência que justifique a necessidade de manifestação judicial para seu reconhecimento. Sobre a desnecessidade de declaração de nulidade manifesta-se Orlando Gomes, ao se referir ao negócio jurídico inexistente: “uma vez que é juridicamente inexistente<sup>78</sup>, desnecessário declarar a sua invalidade, visto que não pode produzir qualquer consequência jurídica. Não se convalida, não se converte em outro negócio válido, não pode ter eficácia como putativo”<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 396828/MS. Instituto Nacional de Seguridade Social e Sebastiana Augusta da Silva. Relatora: Ministra Ellen Gracie. 14 abr. 2005. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <stf.gov.br>. Acesso: 01 mai 2005.

<sup>76</sup> O Ministro Joaquim Barbosa em decisão monocrática negou seguimento a recurso extraordinário interposto sem assinatura do advogado. Entretanto, a Segunda Turma por maioria de voto proferiu entendimento de que o recurso interposto sem a assinatura do advogado era mera irregularidade. A Turma entendeu que a “jurisprudência do STF quanto ao tema, de modelo defensivo, deve ser superada, haja vista se tratar de mero erro material”. Foram vencidos o Ministro Joaquim Barbosa e a Ministra Ellen Gracie. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 519125. Maria Eugênia da Silva Ribeiro e Paulo Vladimir Brichta. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. 20 abr. 2005. **Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 383**. Disponível em: <stf.gov.br>. Acesso: 01 mai 2005.

<sup>77</sup> PEREIRA, 2004, vol. I, p. 649.

<sup>78</sup> O autor relata que a teoria da inexistência entende como inexistente o negócio jurídico que não possua dois elementos constitutivos, quais sejam, a vontade e o objeto.

<sup>79</sup> GOMES, 1996, p. 470.

Entretanto, os opositores à idéia do plano da inexistência<sup>80</sup> apontam como uma de suas principais dificuldades a identificação dos elementos do negócio que são capazes de determinar a inexistência, já que existe uma linha muito tênue que separa os elementos determinantes da nulidade e os determinantes da inexistência. Daí, surge a necessidade de determinação de quais são os elementos capazes de inquinar o ato com a patologia da inexistência. Como afirma Francisco Amaral, os elementos constitutivos do negócio jurídico que, pela ausência, determinam a sua inexistência são a manifestação de vontade, objeto e forma, que, “reunidos, fazem com que a manifestação de vontade passe do universo dos fatos para o mundo do direito, sem qualquer deles o ato é inexistente”<sup>81</sup>.

Todavia, não há unanimidade em relação à identificação de quais seriam esses elementos constitutivos capazes de provocar a inexistência.

Para Orlando Gomes<sup>82</sup>, os adeptos da teoria da nulidade ampliaram em muito os requisitos constitutivos dos atos jurídicos, ao defenderem a seguinte lista de elementos necessários à constituição: a vontade do agente, o objeto, a capacidade, a solenidade e outros. Na opinião do autor, esse elenco é por demais amplo e abrangente, implicando a redução do campo destinado à verificação da nulidade. A existência está relacionada com os requisitos constitutivos, na opinião do autor, motivo pelo qual esses elementos (considerados como determinantes para a existência do negócio) devem ser somente dois: a vontade e o objeto.

A vontade, para ser afastada ao ponto de configurar-se a inexistência do ato, deve ser eliminada de forma absoluta. A vontade expressa por meio de coação absoluta (*vis absoluta*) não é vontade<sup>83</sup>. Desse modo, não se estará diante de um ato jurídico,

---

<sup>80</sup> Dentre eles o próprio Orlando Gomes, que especifica quais são os elementos, mas afirma que podem ser resolvidos pela adoção dos critérios relacionados à invalidade, sendo dispensável a verificação no plano da existência.

<sup>81</sup> AMARAL, 2003, p. 522.

<sup>82</sup> GOMES, 1996, p. 469-470.

<sup>83</sup> Quanto a esse entendimento, não há divergência na doutrina. Assim manifesta-se Norberto de Almeida Carride: “na *vis absoluta*, a manifestação de vontade daquele a quem é atribuída não se deu”. (CARRIDE, Norberto de Almeida. **Vícios do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 145)

mas sim, diante de um ato inexistente. Com relação ao objeto, por obviedade, o ato é inexistente.

Nesse mesmo sentido posiciona-se José Abreu Filho<sup>84</sup>, que afirma que a inexistência depende da verificação de ausência dos requisitos da vontade e do objeto, pois somente esses são os “elementos indispensáveis” para ser configurado o ato jurídico.

Após uma boa exposição dos motivos da defesa da teoria da inexistência, Orlando Gomes aponta a desnecessidade de sua aplicação, que pode ser resolvida no campo da nulidade.

## 2.2.2 O plano da validade dos atos e dos negócios jurídicos<sup>85</sup>

Em que pesem as dificuldades de conceituação, será adotado o entendimento decorrente de um enfoque da Dogmática Jurídica<sup>86</sup>, segundo a qual a validade deve se restringir à verificação do atendimento dos elementos de validade que estejam previstos na lei, ou seja, o negócio jurídico já foi considerado como existente, já preencheu os requisitos de sua formação. Todavia, até alcançar o plano da eficácia, deve cumprir os requisitos no plano da validade.

---

<sup>84</sup> ABREU FILHO, 1997, p. 339.

<sup>85</sup> Como já salientado acima, no plano da validade é analisada a teoria das nulidades dos negócios jurídicos e dos atos jurídicos. Por questão de brevidade, será usado somente o termo negócios jurídicos. A invalidade dos negócios jurídicos e dos atos jurídicos é analisada em conjunto pela maioria dos doutrinadores. Cite-se como exemplo Francisco Amaral, ao afirmar que “objeto agora de nosso estudo é a INVALIDADE, como categoria aplicável à generalidade dos atos e dos negócios jurídicos (CC, art. 185).” (AMARAL, 2003, p. 520).

<sup>86</sup> O fenômeno jurídico pode ser analisado sob enfoques teóricos distintos: zetética e dogmática. A verificação teórica sob o enfoque da Dogmática Jurídica analisa o fenômeno jurídico partindo-se de premissas estabelecidas pela ciência específica (Direito Civil, Comercial, Penal e outros), sobre as quais não podem pairar questionamentos, como afirma Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “Ao contrário das disciplinas zetéticas, cujas questões são infinitas, as dogmáticas tratam de questões finitas. Por isso podemos dizer que elas são regidas pelo que chamaremos de PRINCÍPIO DA NEGAÇÃO, isto é, princípio da não-negação dos pontos de partida de séries argumentativas...” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 48).

Pode-se conceituar a validade como o atendimento do ato jurídico aos requisitos estabelecidos pela lei, como afirma Zeno Veloso, que registra a noção de que a “invalidade comporta graus, conforme a gravidade e intensidade da infração à norma”<sup>87</sup>.

Com o mesmo entendimento posiciona-se Francisco Amaral, ao confrontar as idéias de validade e invalidade: “se a validade do negócio significa a sua conformidade com o ordenamento jurídico, a invalidade é, portanto, uma irregularidade jurídica. O ato não se pratica de acordo com o que a lei estabelece”<sup>88</sup>.

Pois bem, a invalidade, que abrange os conceitos de nulidade e anulabilidade, é uma sanção pela desobediência ao que está prescrito na lei, como observa Orlando Gomes: “a invalidade é a sanção imposta pela lei ao negócio praticado em desobediência ao que prescreve, ou no qual é defeituosa a vontade do agente. (...) conforme a transgressão, mais ou menos intensa será a sanção.”<sup>89</sup>

No mesmo sentido caminha o entendimento de Antonio Junqueira de Azevedo<sup>90</sup>, ao vincular a validade à obediência ao disposto nas regras jurídicas, ou seja, são as leis que estabelecem os requisitos de validade do negócio jurídico. A validade é a “qualidade de um ato existente”. Essa qualidade consiste exatamente no preenchimento dos requisitos estabelecidos pela lei.

Caio Mário da Silva Pereira acrescenta ainda como requisito de validade ao negócio jurídico a manifestação de vontade submissa às determinações da lei, ao afirmar que “a validade do negócio jurídico é uma decorrência da emissão volitiva e de sua submissão às determinações legais.”<sup>91</sup>

Os atos e os negócios jurídicos podem apresentar vícios de várias ordens<sup>92</sup>. O legislador civil estabeleceu diferentes níveis de sanção para os vícios. Assim,

---

<sup>87</sup> VELOSO, 2002, p. 23.

<sup>88</sup> AMARAL, 2003, p. 524.

<sup>89</sup> GOMES, 1996, p. 472.

<sup>90</sup> AZEVEDO, 2002, p. 42.

<sup>91</sup> PEREIRA, 2004, vol. I, p. 630.

<sup>92</sup> É importante ressaltar que a invalidade do ato ilícito não se confunde com a invalidade dos atos jurídicos eivados de nulidade ou anulabilidade. “O ato ilícito [...] é, pois, ato jurídico cujo suporte

dependendo da gravidade dos vícios verificados, a sanção poderá ser mais grave e mais séria ou menos grave, de acordo com a natureza do interesse defendido: 1) se o interesse maior for da sociedade, a sanção será mais grave<sup>93</sup>; 2) se o interesse maior for das partes, a sanção será menos grave<sup>94</sup>. Essa distinção é importante, porque, dependendo da gravidade do vício, ocorrerão efeitos distintos, como se verá adiante.

É importante salientar que essas sanções são estabelecidas pelo legislador com o objetivo de garantir uma convivência social harmônica, sob pena de alcançar-se o caos pelo desrespeito (que se tornaria constante, em caso de ausência de reprimenda) ao ordenamento jurídico. Dessa forma, o estabelecimento de quais os vícios que estarão submetidos a determinadas sanções é uma opção feita com fundamento no desenvolvimento histórico e cultural da sociedade específica. Marcos Bernardes de Mello<sup>95</sup>, sobre o tema, afirma que a “experiência jurídica dos povos criou sanções”, que estão escalonadas em níveis distintos, as sanções mais severas “visam a manter a integridade dos comandos jurídicos”.

De acordo com a gravidade do vício, os atos ou negócios jurídicos estarão eivados ou de nulidade ou de anulabilidade. Como afirma Francisco Amaral<sup>96</sup>, foi a doutrina pandectística alemã que estabeleceu melhor as distinções entre nulidade e anulabilidade, registrando a diferença entre a intensidade dos vícios, que dá ensejo à aplicação de sanção diversa<sup>97</sup>. Os vícios mais graves dão ensejo à nulidade, enquanto que dos menos graves resulta a anulabilidade (punição menos severa que a nulidade).

---

fático tem como cerne a contrariedade a direito. A invalidade, em seus diversos graus [...], constitui uma sanção que o ordenamento jurídico adota para punir determinadas condutas que implicam contrariedade a direito.” (MELLO, 2001, p. 44).

<sup>93</sup> Vícios dessa ordem darão origem à NULIDADE.

<sup>94</sup> Por outro lado, esse tipo de vício dará origem à ANULABILIDADE. “Nela não se vislumbra o interesse público, porém a mera conveniência das partes, já que na sua instituição o legislador visa à proteção de interesses privados.” (PEREIRA, 2004, vol. I, p. 639).

<sup>95</sup> MELLO, 2001, p. 46.

<sup>96</sup> AMARAL, 2003, p. 539.

<sup>97</sup> Entretanto, há autores que não reconhecem essa natureza de sanção para a invalidade, afirmando que sanção somente pode ser aplicada, basicamente, às violações criminais. Como afirma Hebert L. A. Hart: “...a extensão da idéia de sanção de modo a incluir a nulidade é uma fonte (e um sinal de confusão). (...) a nulidade não pode ser assimilada ao castigo associado a uma regra como estímulo para a inibição das actividades que a regra proíbe.” HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbernkian, 2001, p. 42-43.

Os atos nulos e anuláveis são distintos. Como afirma Orlando Gomes<sup>98</sup> Nos primeiros, a sanção de nulidade visa a garantir o respeito a “preceito legal de ordem pública ou de normas imperativas”. Por outro lado, nos segundos, a anulabilidade protege o atendimento de normas resultantes da vontade das partes.

Resta saber quais são as diferenças entre os dois níveis de invalidade previstos no ordenamento jurídico pátrio. Não se trata de uma tarefa fácil, na medida em que até mesmo a definição e a classificação dos fatos jurídicos geram entendimentos doutrinários distintos sobre as características e os efeitos das invalidades dos negócios jurídicos<sup>99</sup>.

Entretanto, diante da clareza e técnica do novo Código Civil de 2002<sup>100</sup>, a verificação de seus dispositivos é um bom caminho para buscar-se o real entendimento sobre o plano da INVALIDADE dos negócios jurídicos, no qual são tratadas as nulidades e as anulabilidades. Podem ser apontadas, assim, as seguintes distinções entre ambas:

- 1) As nulidades podem ser acolhidas de ofício pelo juiz ou mediante requerimento da parte interessada ou do Ministério Público; por outro lado, as anulabilidades não podem ser declaradas de ofício pelo juiz<sup>101</sup>.
- 2) A declaração de nulidade alcança todo o negócio jurídico; mas a declaração de anulabilidade somente aproveita a quem alegou, exceto em caso de solidariedade ou de indivisibilidade<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> GOMES, 1996, p. 473 e 476.

<sup>99</sup> Embora haja quem diga que as distinções entre a anulabilidade e a nulidade fiquem restritas somente às suas hipóteses de cabimento, como afirma Leonardo Mattietto, “com respeito pelas opiniões em contrário, a distinção entre nulidade e anulabilidade se prende às causas ensejadoras de cada uma das espécies de invalidade [...], e não propriamente aos seus efeitos ou mesmo ao modo de operar.” (MATTIETTO, 2002, p. 328).

<sup>100</sup> O disposto no Código Civil 2002 é amparado por boa parte da doutrina pátria. Além de ser a lei, ou seja, fonte primária do Direito, no Brasil.

<sup>101</sup> Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

<sup>102</sup> Art. 177. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.

- 3) As nulidades não se prorrogam no tempo<sup>103</sup>, não sendo capazes de alcançar a validade, seja pelo decurso do tempo, seja por confirmação<sup>104</sup>; já as anulabilidades podem ser objeto de confirmação pela partes<sup>105</sup>.
- 4) Como já dito alhures, as nulidades estão relacionadas com o desrespeito aos interesses protegidos pela ordem pública<sup>106</sup>, ao passo que as anulabilidades, pela ordem privada.
- 5) As declarações de nulidade produzem efeito *ex tunc*<sup>107</sup>, enquanto que as declarações de anulabilidade produzem efeito *ex nunc*<sup>108</sup>, o que equivale a dizer que os atos nulos não produzem efeitos, enquanto que os atos anuláveis produzem. É importante salientar que os atos nulos não produzem os efeitos que são naturalmente esperados, mas podem produzir alguns efeitos de outras

---

<sup>103</sup> A jurisprudência também é pacífica nesse sentido, como se pode ver pelo julgado do Superior Tribunal de Justiça: “Ementa agravo regimental. Ações de usucapião e reivindicatória. títulos nulos. imprescritibilidade. 1. atos jurídicos nulos não prescrevem, podendo ser declarados nulos a qualquer tempo, não violando lei federal o acórdão que, acolhendo esse entendimento, julga procedente ação de usucapião e improcedente ação reivindicatória. 2. agravo regimental improvido. acórdão por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo de instrumento 1995/0047102-7 n.º. 84867/PR. Estado do Paraná e Oswaldo Oscar Tiburtius. Relator: Carlos Alberto Menezes Direito. 27 ago. 1996. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 17 jan. 2005.

<sup>104</sup> Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

<sup>105</sup> Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.

<sup>106</sup> Nos termos dos artigos 166 e 167, são hipóteses de nulidade: a) a simulação; b) a celebração por pessoa absolutamente incapaz; c) ilicitude, impossibilidade ou indeterminabilidade do objeto; d) ilicitude do motivo determinante, comum a ambas as partes; e) não revestir a forma prescrita em lei; f) preterição de alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; g) ter por objetivo fraudar lei imperativa; h) a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática sem cominar sanção.

<sup>107</sup> Ou seja, a decretação de nulidade alcança o ato desde o seu início, impedindo que venha assim a produzir os seus efeitos naturalmente pretendidos ou esperados. Como afirma Francisco Amaral “a sentença de nulidade é simplesmente declaratória, com eficácia retroativa, restabelecendo-se a situação anterior. Não sendo isso possível, indenizam-se as partes com o equivalente, à custa do causador do dano”. (AMARAL, 2003, p. 539).

<sup>108</sup> A decretação de anulabilidade não alcança o ato desde o seu início, já que por determinado tempo ele é eficaz. Há, entretanto, entendimento em sentido contrário, como afirma Leonardo Mattietto, citando Vale Ferreira, que expõe a idéia de que em ambos os casos, seja nulidade ou anulabilidade, são produzidos efeitos *ex tunc*, por força do disposto no artigo 182, que no seu entender tem aplicação tanto em caso de nulidade quanto de anulabilidade, isto é, em qualquer caso as partes deverão ser restituídas “ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”. (MATTIETTO, 2002, p. 329).

ordens, como afirma Caio Mário da Silva Pereira<sup>109</sup>, que exemplifica com o casamento putativo e negócio translático do domínio (pode justificar a posse).

Como característica similar, é relevante ressaltar que tanto os casos de nulidade quanto os de anulabilidade dependem da declaração judicial para surtir efeito, na medida em que, no Brasil, somente em alguns poucos casos é admitida a autotutela<sup>110</sup>, sendo que a regra é a sua proibição.

O principal efeito do ato de reconhecimento da nulidade ou anulabilidade é o retorno das partes ao seu estado anterior ao negócio celebrado, nos termos do artigo 182, como afirma Caio Mário da Silva Pereira<sup>111</sup>, mas é evidente que caso não seja possível “o prejudicado será indenizado com o equivalente”. Por outro lado, o devedor que tenha cumprido parte da obrigação indevida poderá solicitar à outra parte a devolução.

Como visto acima, o legislador não exigiu a existência de prejuízo para configurar a nulidade, bastando a existência do desrespeito à ordem pública, como afirma Caio Mário da Silva Pereira<sup>112</sup>, afastado o princípio *pas de nullité sans grief*.

No presente trabalho, não convém analisar isoladamente cada hipótese de nulidade ou anulabilidade, mas é importante registrar alguns aspectos do Novo Código Civil que são relevantes para a exata compreensão da matéria em questão:

- a) O reconhecimento, pelo legislador, de que a simulação<sup>113</sup> viola mais interesses públicos do que privados. Sendo assim, passou a ser tratada como causa de nulidade.

---

<sup>109</sup> PEREIRA, 2004, vol. I, p. 644.

<sup>110</sup> A autotutela é uma força de exercício da jurisdição, que em determinado momento histórico foi bastante utilizada pelas sociedades. Com o surgimento e estruturação do Estado, a função jurisdicional foi paulatinamente sendo-lhe entregue. A autotutela consiste no exercício das próprias razões por aquele que queira fazer valer o seu direito, mediante a aplicação do poder ou da força que detenha, subjugando seu adversário, que também somente contará com as suas forças. Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro é permitida somente em pouquíssimos casos, como, por exemplo, no instituto de defesa da posse pelo desforço imediato. A utilização da autotutela para solução de conflitos, fora das possibilidades legalmente permitidas, consiste em ilícito penalmente previsto como o exercício arbitrário das próprias razões.

<sup>111</sup> PEREIRA, 2004, vol. I, p. 642-643.

<sup>112</sup> PEREIRA, 2004, vol. I, p. 633.

<sup>113</sup> SIMULAÇÃO – “consiste a simulação, em celebrar-se um ato, que tem aparência normal, mas que, na verdade, não visa ao efeito que juridicamente devia produzir” (PEREIRA, Caio Mário da Silva).

- b) A aplicação do princípio da conservação dos atos e dos negócios jurídicos, nos termos dos artigos 170 e 172. Como afirma Caio Mário da Silva Pereira<sup>114</sup>, a regra de invalidade total do ato nulo é mitigada pela exceção prevista na lei. O novo Código civil protege a vontade dos agentes na celebração do ato, se a nulidade não estiver relacionada com a vontade de praticar o ato, mesmo que por meio de outro negócio jurídico.
- c) Para interpretar os negócios jurídicos, deve ser aplicado o princípio da BOA-FÉ OBJETIVA, que comporta três funções básicas: é fonte independente de surgimento de obrigações e direitos entre as partes contratantes; estabelece os limites de exercício de direitos subjetivos e é uma forma de interpretação e integração dos negócios jurídicos (artigo 113).

### **2.2.3 O plano da eficácia dos negócios jurídicos**

A eficácia é verificada em nível superior, ou seja, somente depois que o negócio existe, pois somente depois de válido é que o negócio poderá ser ou não eficaz. Ou seja, a análise no plano da eficácia exige que o negócio seja existente e válido; mas o saldo positivo, nos dois planos anteriores, não determina a eficácia do negócio jurídico no plano da eficácia. Mesmo existente e válido, o ato pode não ser eficaz ou perder a sua eficácia por algum acontecimento.

Como afirma Francisco Amaral, “o negócio é eficaz quando produz os efeitos que o agente pretende”<sup>115</sup>. Assim, não basta que o ato seja existente e válido, é preciso que possa produzir os efeitos almejados.

---

2004, vol. I, p. 636.). Simulação “não é vício de vontade, pois não a atinge em sua formação. É antes uma disformidade consciente da declaração, realizada de comum acordo com a pessoa a quem se destina, com o objetivo de enganar terceiros.” (AMARAL, 2003, p. 531).

<sup>114</sup> PEREIRA, 2004, vol. I, p. 635.

<sup>115</sup> AMARAL, 2003, p. 521.

Reconhecendo a distinção entre os planos da eficácia e da validade, Orlando Gomes<sup>116</sup> estabelece uma distinção entre os atos ineficazes e inválidos, qual seja a impossibilidade de produção de efeitos dos primeiros. A verificação da ineficácia é feita em plano posterior à análise da validade, assim o ato válido pode não ser apto a produzir efeitos em decorrência de “obstáculo estranho aos seus elementos essenciais”. A ocorrência do termo ou o cumprimento de condição são obstáculos à eficácia plena dos atos jurídicos.

Em que pese a distinção entre os atos ineficazes e os atos inválidos, vale registrar que os atos ou negócios anuláveis serão eficazes até que lhes seja decretada a anulação, tanto que são negócios que podem ser convalidados pelo decurso do tempo. Nesse sentido, Roberto Ruggiero<sup>117</sup> ressalta que a eficácia do ato fica também condicionada ao exercício ou não da faculdade de pedido judicial de reconhecimento da invalidade (anulabilidade). Enquanto o negócio não é tido como inválido, terá “plena eficácia como se não tivesse vícios”.

Observe-se, entretanto, que em algumas hipóteses (raras, que se diga) os atos jurídicos nulos também produzem efeitos, como, por exemplo, o casamento putativo. Assim, nos termos do artigo 1561<sup>118</sup> do Código Civil de 2002, se o casamento, mesmo nulo, for contraído de boa-fé por ambos os cônjuges produzirá efeitos em relação aos filhos e aos próprios cônjuges até que seja decretada a sua anulação.

Na avaliação feita no plano da eficácia, há uma distinção entre os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos: a) os negócios jurídicos produzem os efeitos pretendidos pelas partes, decorrentes da manifestação de vontade; b) por outro lado, os atos jurídicos *stricto sensu* produzem os efeitos especificamente estabelecidos pela lei. Esse é o entendimento de Francisco Amaral<sup>119</sup> ao afirmar que os negócios jurídicos produzem os efeitos que os agentes tenham querido, enquanto que, nos atos jurídicos em sentido estrito, os efeitos serão os previstos em lei.

---

<sup>116</sup> GOMES, 1996, p. 471.

<sup>117</sup> RUGGIERO, 1999, p. 395.

<sup>118</sup> Art. 1561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

<sup>119</sup> AMARAL, 2003, p. 373.

Há um aspecto da ineficácia que corrobora a necessidade de um plano distinto de análise da inexistência, já que não se pode confundir a ineficácia do ato nulo com a ineficácia do ato inexistente. Como afirma Marcos Bernardes de Mello<sup>120</sup>, o ato inexistente não produz efeitos, mas isso não quer dizer que se trata da mesma ineficácia existente nos atos nulos. A ineficácia dos atos inexistentes resulta da sua natureza de “não-ser” e por isso não pode produzir nada (nada é nada, não produz efeitos). Por outro lado, a ineficácia dos atos nulos é resultante de uma sanção pelo descumprimento das exigências constantes no ordenamento jurídico para considerá-los válidos.

Como afirma Leonardo Mattietto<sup>121</sup>, a ineficácia pode ser: 1) simples ou pendente; ou 2) relativa. A ineficácia simples depende da realização de uma condição que é requisito de eficácia (termo ou condição), por exemplo, negócio jurídico subordinado a um termo inicial. Já a ineficácia relativa está relacionada à comparação que pode ser estabelecida em relação à produção de efeitos sobre pessoas distintas, como pode ocorrer em caso de negócio jurídico praticado em fraude à execução.

Por outro lado, Orlando Gomes<sup>122</sup> classifica a ineficácia em originária e superveniente, que utiliza como critério distintivo o momento de surgimento do obstáculo à produção de efeitos. Ineficácia superveniente ocorre quando o obstáculo decorre de fato ulterior à produção de efeitos, mas seja capaz de retroagir retirando-lhe a eficácia. A ineficácia originária surge desde o início do ato jurídico, mas deve estar apta a desaparecer.

Pode-se resumir as afirmações sobre a existência, a validade e a eficácia dos atos jurídicos no quadro abaixo:

---

<sup>120</sup> MELLO, 2001, p. 12.

<sup>121</sup> MATTIETTO, 2002, p. 327.

<sup>122</sup> GOMES, 1996, p. 471-472.

| Atos inexistentes                                     | Atos inválidos                              |  | Atos ineficazes                                  |
|---|---|--|--|
|   | Atos nulos                                  | Atos anuláveis                                     |  |
| Ausência de elementos indispensáveis para a concepção | Violação de preceito legal de ordem pública | Violação de preceito legal de interesse particular | Incapacidade de produção dos efeitos pretendidos |

### 3 CONCEITOS PUBLICISTAS SOBRE VALIDADE E EFICÁCIA DOS ATOS JURÍDICOS PRATICADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Antes de enfrentar as questões principais referentes ao tema proposto, é preciso estabelecer conceitos preliminares para a verificação específica do tema. Assim, devem ser estabelecidos: o conceito de ato administrativo, a identificação das espécies de atos que podem ser praticados pela administração e, finalmente, o tratamento referente à existência, validade e eficácia desses atos.

O Estado desempenha funções internas que são diretamente decorrentes dos Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Essas funções internas do Estado são reguladas pelo regime de direito público, que se diferencia do regime de direito privado em decorrência da finalidade que persegue: proteção ao interesse público, coletivo e social. Weida Zancaner<sup>123</sup> registra essa especificidade do regime público em relação ao privado, principalmente, no seu aspecto de proteção do interesse público e de “perenização do próprio Estado”.

As funções do Estado podem ser típicas ou atípicas de acordo com a natureza jurídica do ato praticado, ou seja, se o ato praticado for decorrência da função principal do poder, tratar-se-á de uma função típica. Entretanto, caso o ato praticado não seja decorrência da principal função do poder, tratar-se-á de exercício de função atípica.

O Poder Legislativo tem como função típica a produção de leis, que tem como principal característica a inovação do ordenamento jurídico, por meio da prática de atos abstratos e aplicáveis a toda a sociedade. A prática de atos decorrentes dessa função não depende de provocação dos interessados, ou seja, o Poder Legislativo age quando quer (de ofício), sem depender da provocação de ninguém<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2.ed. 3.tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 16.

<sup>124</sup> Observe-se que a provocação não é proibida, já que existem projetos de lei de iniciativa distinta de membros do Poder Legislativo, mas ela não é obrigatória, o que quer dizer que o Poder Legislativo não depende de provocação para exercer a sua função típica. Ao regular o processo legislativo referente às leis, a Constituição Federal, no seu artigo 61, garante a possibilidade de início do processo por meio de iniciativa privativa do Presidente da República (§ 1º.), em determinadas

Por outro lado, o Poder Judiciário, no exercício de sua função típica, aplica as leis aos casos concretos, exercendo a jurisdição, que possui como principais características: atividade normalmente concreta<sup>125</sup> e cujos atos são alcançáveis pela intangibilidade jurídica, isto é, somente os atos típicos de exercício do Poder Judiciário são protegidos pela coisa julgada material. Por outro lado, para a prática da jurisdição é necessária a provocação dos interessados, já que o Poder Judiciário não age de ofício, como regra geral. Verificando as particularidades da função jurisdicional em relação à atividade administrativa, Weida Zancaner<sup>126</sup> ressalta exatamente a sua definitividade com o principal traço distintivo, já que “o ato administrativo carece de definitividade”, estando até mesmo submetido ao controle jurisdicional.

O Poder Executivo tem como principal atividade a função administrativa, que consiste na função estatal desempenhada com fundamento na hierarquia e, como afirma Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>127</sup>, “caracteriza-se juridicamente pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais, ou, excepcionalmente, infraconstitucionais vinculados”.

É possível identificar, ainda, em relação ao Poder Executivo o exercício de uma função, denominada de função de governo<sup>128</sup>, consistente na prática de atos políticos ou de governo, que não correspondem à atividade administrativa.

Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário podem praticar atos decorrentes do exercício de função atípica. Por exemplo, quando o Senado Federal julga o

---

matérias específicas ou por meio de iniciativa popular exercida pela apresentação de projeto de lei (sem limitação de assuntos) subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

<sup>125</sup> É importante destacar que a atividade de controle concentrado de constitucionalidade é uma exceção a essa característica da função jurisdicional, já que a atividade de controle tem efeito abstrato, com aplicação para toda a sociedade.

<sup>126</sup> ZANCANER, 2001, p. 26.

<sup>127</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13.ed. rev. amp. atua. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 353.

<sup>128</sup> Há a teoria negativista da existência de atos de governo defendida por George Vedel, Marcel Waline e Agustín A. Gordillo, citados por Régis Fernandes de Oliveira (que discorda, pois defende a existência dos atos de governo). Os autores defendem que não existem atos de governo, já que a atividade administrativa é sempre infralegal, não podendo o administrador editar nada novo. (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato administrativo**. 4.ed. rev. atua. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 142-143).

Presidente da República por crimes de responsabilidade, trata-se do exercício de uma função atípica, já que ao Legislativo não cabe o exercício de jurisdição, que é função típica do Poder Judiciário.

As funções acima são exercidas no plano interno, mas o Estado (dotado de soberania) é capaz de praticar também atos no plano externo, ou seja, pratica atos que são regidos pelo Direito Internacional Público. Os atos jurídicos públicos podem ser internos ou externos. Os atos jurídicos públicos externos têm a validade e a eficácia reguladas pelo Direito Internacional Público – DIP. O fundamento de existência do DIP reside na preponderância do consentimento entre as partes (normalmente Estados soberanos ou organizações internacionais com personalidade própria) para a formação das normas, por meio de atos jurídicos específicos (tratados internacionais). José Francisco Rezek<sup>129</sup> afirma que essas regras são resultantes do “consentimento criativo” dos sujeitos internacionais.

Por outro lado, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>130</sup> entende que a administração pode praticar atos administrativos tanto na esfera interna quanto na externa, permitindo a prática dos atos “a fim de satisfazer específicas exigências públicas ou para regular condições de funcionalidade de órgãos carentes de adequado desempenho administrativo”. Complementa o seu raciocínio, registrando a capacidade de modificação jurídica do mundo por meio de atos internos ou externos.

Os atos que interessam à disciplina do direito administrativo são os atos praticados pelo Estado, em sua ordem interna, que sejam decorrentes do exercício da função executiva, mesmo que sejam praticados por exercício de função atípica pelos Poderes Legislativo e Judiciário, como afirma Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>131</sup>, apontando como exemplos “os atos relativos à vida funcional dos servidores” dos poderes ou “as licitações efetuadas nestas esferas”.

---

<sup>129</sup> REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 9.ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 3.

<sup>130</sup> FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. **Atos Administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 58.

<sup>131</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 2001, p. 343.

Regis Fernandes de Oliveira<sup>132</sup> conceitua a função administrativa como “a atividade exercida pelo Estado” ou por quem esteja lhe representando “como parte interessada numa relação jurídica”. A participação do Estado na relação jurídica como parte interessada, mas em uma posição de superioridade, é elemento do conceito da função administrativa.

Jean Rivero<sup>133</sup> distingue os atos administrativos dos atos correspondentes a meras “operações administrativas”. No entender do autor, os atos praticados com essa natureza são preparatórios para a realização ou executórios dos verdadeiros atos administrativos, que são principais em relação aos atos de operações, que lhes são secundários. O ato administrativo é um “acto de vontade destinado a introduzir” uma modificação no ordenamento jurídico preexistente.

Feitas as considerações gerais anteriores, é possível partir para a verificação da disciplina específica dos atos administrativos.

### 3.1 CONCEITO DE ATOS ADMINISTRATIVOS<sup>134</sup>

Como visto na disciplina dos atos jurídicos tutelados pelo direito civil, os fatos jurídicos *lato sensu* são divididos em: fatos jurídicos *stricto sensu* e atos jurídicos, tendo como distinção entre ambos a existência de vontade na elaboração dos atos jurídicos, aos outros cabendo a conceituação de fatos decorrentes da natureza e desprovidos de vontade humana.

---

<sup>132</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 4.ed. rev. atua. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 40.

<sup>133</sup> RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981, p. 102.

<sup>134</sup> Não se pode tomar sob a mesma definição os atos administrativos e os atos da Administração. A Administração pratica inúmeros atos que não possuem natureza jurídica de atos administrativos, mas caracterizam como meros atos praticados pela Administração, sem estarem submetidos inteiramente ao regime jurídico administrativo. Como afirma Celso Antonio Bandeira de Mello, não são atos administrativos: “os atos regidos pelo Direito Privado”; “os atos materiais” (atos administrativos); “os atos políticos ou de governo”. Entretanto, há atos que não são praticados diretamente pela Administração Pública, mas que devem ser considerados como atos administrativos, são os atos (com essa natureza) praticados pelos membros do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, “por exemplo, os atos relativos à vida funcional dos servidores do Legislativo e do Judiciário, praticados pelas autoridades destes Poderes, ou a licitações efetuadas nestas esferas”. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 2001, p. 342-343).

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>135</sup>, ao formular o conceito de ato administrativo, acrescenta-lhe a noção de vontade da Administração. Para o autor, o ato administrativo é um ato jurídico qualificado pela realização da vontade administrativa “segundo fundamentos subjetivos, objetivos, causais e formais”, servindo a motivação dos atos como requisito para “a legitimidade e a finalidade” na natureza jurídica do ato.

Marcelo Caetano<sup>136</sup> também insere no seu conceito de ato administrativo a noção da vontade de órgão da Administração pública, entendendo-o como “conduta voluntária de um órgão” administrativo “no exercício de um poder público”, visando a obtenção de determinados “efeitos jurídicos num caso concreto”.

Sobre a existência de vontade para identificar os atos jurídicos, há questão relevante apresentada por Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>137</sup>, que revela existirem atos administrativos desprovidos de vontade, isto é, nem todos os atos administrativos são produzidos pelo homem, pois em alguns casos os atos são realizados por máquinas, como, por exemplo, “*parquímetros* que expedem multas, uma vez excedido o prazo de estacionamento”. O autor afasta o argumento de que a vontade humana está presente no momento de programação da máquina, porque “seria forçado imaginar-se que alguém produz atos” com conteúdo variável sem que o emissor da vontade seja capaz de determinar com antecedência o conteúdo e o número de vezes de emissão do ato.

Outro exemplo de demonstração de ausência de vontade no ato administrativo consiste na prática dos atos administrativos vinculados, por meio dos quais a lei estabelece quais são os seus elementos, não podendo o administrador manifestar uma vontade diversa da vontade da própria lei. Como afirma Regis Fernandes de Oliveira<sup>138</sup>, “a vinculação se identifica, (...), pela impossibilidade de mais de um comportamento possível por parte da administração. A ação administrativa acha-se delimitada pela lei”.

---

<sup>135</sup> FRANCO SOBRINHO, 1980, p. 26.

<sup>136</sup> CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 121.

<sup>137</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 2001, p. 338-339.

<sup>138</sup> OLIVEIRA, 2001, p. 75.

Assim, diante da idéia de vinculação, ou seja, quando o ato administrativo for vinculado, resta afastada a vontade do administrador, já que prevalecerá a vontade da lei. Em casos assim, pouco importa a verificação da capacidade do agente para emissão de uma vontade capaz de determinar a validação do ato.

Dessa forma, o ato vinculado será válido mesmo que praticado por agente desprovido de capacidade e discernimento, ou seja, nos atos vinculados, a vontade da lei oferece validade ao ato administrativo. Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>139</sup> afirma que nos atos integralmente vinculados, “a vontade do agente que os produz é irrelevante, pois a decisão a ser tomada já está predefinida por completo na lei”.

Entretanto, Regis Fernandes de Oliveira<sup>140</sup> salienta que a vontade no ato administrativo não é a “vontade psicológica ou subjetiva do agente”, pois esta somente é relevante quando se trata de atos administrativos discricionários. Nos atos administrativos, “a vontade é sempre objetiva, ou seja, diz respeito ao atuar do agente, tal como previsto normativamente. A vontade é uma imputação normativa, ainda que explicitada pelo agente”. Na verdade, como afirma Marcelo Caetano<sup>141</sup>, essa vontade normativa é defendida por Kelsen, que afastou a vontade psicológica, defendendo a existência da vontade no âmbito do dever-ser (vontade normativa).

Marcelo Caetano<sup>142</sup> defende que a “conduta do órgão da administração deve ser *voluntária*”. Como fundamento de sua posição, o autor salienta que se trata de uma vontade funcional, mesmo que expressa por órgão da administração pública, podendo ser denominada de função coletiva. O autor demonstra a distinção entre a vontade individual e a vontade funcional. A primeira é uma vontade que tem como objeto os interesses particulares do indivíduo. Por outro lado, a segunda (que também é vontade manifestada por indivíduo) está voltada para os “interesses alheios”. Assim, somente a vontade funcional é capaz de dar origem à denominada “vontade coletiva”.

---

<sup>139</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 2001, p. 339.

<sup>140</sup> OLIVEIRA, 2001, p. 47.

<sup>141</sup> CAETANO, 1977, p. 114.

<sup>142</sup> CAETANO, 1977, p. 113-114.

Com essas ressalvas acima, resta concluído que a classificação dos fatos e atos jurídicos, bem como a conceituação de cada um na esfera do direito administrativo apresentam peculiaridades distintas no tratamento da matéria no âmbito de abrangência do direito civil. Em que pesem as peculiaridades específicas em cada ramo distinto da ciência jurídica (direito civil e direito administrativo), não se afasta a importância de estabelecimento da distinção entre fatos e atos jurídicos administrativos, isto é, o direito administrativo se preocupa com o estudo dessa distinção. Celso Antonio Bandeira de Mello estabelece a seguinte diferença conceitual entre os atos e fatos administrativos:

*Atos jurídicos* são declarações, vale dizer, são enunciados; são falas prescritivas. O ato jurídico é uma pronúncia sobre certa coisa ou situação, dizendo como ela deverá ser. *Fatos jurídicos* não são declarações; portanto, não são prescrições. Não são falas, não pronunciam coisa alguma. O fato não diz nada. Apenas ocorre. A lei é que fala sobre ele. Donde, a distinção entre ato jurídico e fato jurídico é simplicíssima.<sup>143</sup> (sem grifo no original)

Themístocles Brandão Cavalcanti<sup>144</sup> também faz registro sobre a diferença entre os atos administrativos e os fatos administrativos, dentro da sua construção de uma teoria geral dos atos administrativos, verificando que a distinção entre ambos reside na ausência de vontade nos fatos administrativos, que “dependem da natureza”, ou seja, são os acontecimentos “cuja ocorrência está subordinada, apenas, às leis da causalidade, fenômenos naturais (...) ou elementos eventuais que não foram gerados pela vontade humana ou do Estado”.

Por outro lado, José Cretella Júnior<sup>145</sup> não admite essa conceituação do fato administrativo como uma subespécie do fato jurídico em geral. Para o autor, não basta dizer que se trata de acontecimento que decorre da natureza, pois os fatos administrativos são mais que isso, já que, na verdade, consistem em operações materiais fundadas na prática de ato administrativo anterior. Os fatos administrativos perseguem o objetivo de realização de “efeitos práticos, no interesse da pessoa jurídica que executa”, como, por exemplo, a “demolição de edifícios”.

---

<sup>143</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 2001, p. 340.

<sup>144</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. Vol. II. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948, p. 224.

<sup>145</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. **Dos atos administrativos especiais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 15.

Conceituar ato administrativo não é uma tarefa fácil, diante da divergência doutrinária sobre o seu conceito. Essa divergência é reforçada pela inexistência de previsão do conceito no ordenamento jurídico pátrio e pela fluidez da própria noção de função administrativa.

Sobre a dificuldade de conceituação dos atos administrativos, Régis Fernandes de Oliveira<sup>146</sup> afirma que “a atividade<sup>147</sup> é tão polimorfa e multiforme que um conceito de ato administrativo como explicitação da função administrativa seria de absoluta irrelevância e de nenhum resultado prático”. Sobre a dificuldade de conceituação, Weida Zancaner<sup>148</sup> ressalta que o problema decorre da ausência de “conceito jurídico-positivo” no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, falta a sua tipificação.

Diante dessa dificuldade, a definição da função administrativa para a verificação dos atos administrativos é fundamental, pois somente diante da sua identificação é que se poderá identificar quais são os atos administrativos decorrentes do exercício da função. Sem a noção de função administrativa não se pode distinguir os atos administrativos praticados pelos Poderes Legislativo e Judiciário no exercício de suas funções atípicas.

Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>149</sup> conceitua o ato administrativo em sentido estrito como manifestação unilateral do Estado “no exercício de prerrogativas públicas”. Essa declaração unilateral para ser entendida como ato administrativo deve complementar a lei ou a própria Constituição, no sentido de dar-lhes cumprimento. Graças a essa função complementar da lei, os atos administrativos estão sujeitos ao “controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.

A característica de complementaridade do ato administrativo<sup>150</sup> está relacionada à sua característica de complemento à lei ou à própria Constituição Federal (“pode

---

<sup>146</sup> OLIVEIRA, 2001, p. 56.

<sup>147</sup> O autor está se referindo à função administrativa.

<sup>148</sup> ZANCANER, 2001, p. 24.

<sup>149</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 2001, p. 344-345.

<sup>150</sup> Os regulamentos executivos têm a função de “produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei, cuja aplicação demanda atuação da Administração Pública”, ou seja, estão estritamente subordinados à lei. Para Celso Antonio Bandeira de Mello “o regulamento, além de inferior, subordinado, é ato dependente da lei”. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 2001, p. 309-314).

ocorrer que a CF regule o assunto de maneira inteiramente vinculada”). Essa característica é decorrência lógica da aplicação do princípio de legalidade às atividades da administração pública.

O princípio da legalidade é previsto em vários dispositivos da Constituição Federal Brasileira de 1988<sup>151</sup>, o que demonstra tratar-se de um princípio indispensável para a garantia de existência de um Estado Democrático de Direito. Especificamente em relação à Administração Pública, a Constituição estabeleceu o cumprimento ao princípio no *caput* do artigo 37. Hely Lopes Meirelles<sup>152</sup> estabeleceu uma distinção entre a aplicação do princípio da legalidade aos particulares e ao poder público, afirmando que, em decorrência do princípio da legalidade, o particular pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, adotando o critério de não contradição à lei, enquanto que a administração somente pode fazer o que a lei autoriza e determina, ou seja, trata-se da aplicação do critério de subordinação à lei.

Por meio dessa clássica distinção, pode-se concluir que a característica de complementaridade do ato administrativo é decorrência lógica da aplicação do princípio da legalidade.

Note-se que o ato administrativo não possui definitividade, podendo ser revisto pelo Judiciário<sup>153</sup> e devendo ser revisto pela própria administração, em decorrência da autotutela. Esses assuntos serão tratados em item específico do presente estudo.

---

<sup>151</sup> A Constituição Federal de 1988 repetiu expressamente em vários dispositivos distintos o princípio da legalidade, como por exemplo: artigo 5º, *caput*; artigo 84 e artigo 150.

<sup>152</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 88.

<sup>153</sup> Essa característica é decorrente de dois institutos aplicáveis ao nosso ordenamento jurídico: a) sistema de jurisdição única e b) princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. Na doutrina do Direito Administrativo comparado, há a identificação de dois mecanismos de controle dos atos administrativos (sistemas administrativos): 1) sistema do contencioso administrativo ou sistema francês; 2) sistema de jurisdição única ou sistema inglês. O primeiro determina que o controle dos atos administrativos é feito pela própria Administração Pública, sem possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário. Já pelo sistema inglês, os atos administrativos podem ser revistos pelo Poder Judiciário, ou seja, não são atos definitivos. Por outro lado, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que tem sede constitucional (CF, Art. 5, XXXV), estabelece que **“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”**. É um princípio que está associado ao princípio da igualdade, também amparado constitucionalmente. Note-se que a nomeada coisa julgada administrativa não tem força da coisa julgada processual, trata-se, na verdade, da impossibilidade de modificação da decisão administrativa em sede administrativa, seja pela inexistência de outros recursos administrativos, seja pela impossibilidade de revogação dos atos, como expõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “...a expressão coisa julgada, no Direito Administrativo, não tem o mesmo sentido

## 3.2 CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Especificado o conceito de ato administrativo, é preciso identificar a sua classificação antes de enfrentar a questão referente aos seus vícios.

Existem na doutrina várias classificações para os atos administrativos, de acordo com o entendimento dos diversos doutrinadores. Assim, diante da diversidade de modalidades de classificação, serão registradas as classificações mais referenciadas que guardam relevância para o presente trabalho; sempre que possível será apontada a diversidade de nomenclatura utilizada pelos autores.

Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>154</sup> propõe classificação, dentre outras, quanto à natureza da atividade<sup>155</sup> (atos de administração ativa, atos de administração consultiva, atos de administração controladora ou atos de controle, atos de administração verificadora, atos de administração contenciosa); quanto à estrutura do ato (atos concretos e atos abstratos); quanto à natureza das situações jurídicas que criam (atos-regra, atos subjetivos, atos-condição); quanto ao grau de liberdade da Administração em sua prática (atos discricionários e atos vinculados).

Os atos concretos e os abstratos diferenciam-se pela aplicabilidade do resultado no mundo real, os concretos têm aplicabilidade a somente um caso específico, ao passo que os atos abstratos têm aplicabilidade a várias situações de acordo com a repetição concreta das hipóteses de incidência do ato administrativo.

---

que no Direito Judiciário. Ela significa apenas que a decisão se tornou **irretratável pela própria administração** (...) não cabendo mais qualquer recurso, existem outras possibilidades que abrangem os casos de irrevogabilidade dos atos administrativos. (...) não podem ser revogados os atos vinculados, os que exauriram os seus efeitos, os meros atos administrativos, os que geraram direitos subjetivos. Não podendo ser revogados, tornam-se irretratáveis pela própria Administração, fazendo **coisa julgada administrativa**.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13.ed. Atlas: São Paulo, 2001, p. 596).

<sup>154</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 2001, p. 377-382.

<sup>155</sup> “Atos de administração ativa – os que visam a criar, produzir, uma utilidade pública, constituindo situações jurídicas. (...) Atos de administração consultiva – os que visam a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. (...) Atos de administração controladora ou atos de controle – os que visam a impedir ou permitir a produção ou a eficácia de atos de administração ativa mediante exame prévio ou posterior da conveniência ou da legalidade deles. (...) Atos de administração verificadora – os que visam a apurar ou documentar a preexistência de uma situação de fato ou de direito. (...) Atos de administração contenciosa – os que visam a julgar, em um procedimento contraditório, certas situações”.(MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 2001, p. 377)

Os atos-regra são atos abstratos, uma vez que fazem surgir regras de aplicação impessoal e abstrata. Por outro lado, os atos subjetivos são atos concretos, porque estabelecem relações individuais, pessoais e concretas.

Os atos-condição são atos que vinculam os atos-regras a determinada condição para poderem produzir efeitos.

Todavia, para fins do estudo do controle dos atos administrativos, a classificação mais relevante reside na distinção entre atos administrativos vinculados e discricionários. Nos atos administrativos vinculados, a Administração não tem qualquer margem de discricionariedade, deve cumprir exatamente o que a lei determina para a prática do ato. Por outro lado, na prática de atos administrativos discricionários, a Administração possui certa margem de discricionariedade, consistente na opção de escolha do melhor caminho para o atendimento do fim público.

Observe-se que, em decorrência do princípio da legalidade, nenhum ato da administração é inteiramente discricionário, uma vez que, mesmo nos atos dessa natureza, não haverá discricionariedade quanto ao sujeito, à finalidade<sup>156</sup> e, em alguns casos, quanto à forma, quando esta for determinada por lei.

Regis Fernandes de Oliveira<sup>157</sup> reconhece que não existem atos plenamente discricionários, mas defende a utilização da nomenclatura ainda assim, já que a expressão designa “o exercício da atividade discricionária que remanesce à Administração, por oposição ou contraste aos atos vinculados”. O autor entende que a discricionariedade é a “integração da vontade legal feita pelo administrador”, que pode escolher um comportamento dentre os estabelecidos pela norma. Mas a

---

<sup>156</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello possui opinião contrária a essa afirmativa, já que consegue vislumbrar certa margem de discricionariedade inclusive na finalidade do ato, como afirma: “contrariando a opinião que prevalece pacificamente na jurisprudência e na doutrina brasileiras e majoritariamente fora do Brasil, entendemos, pelo contrário, que pode haver certa margem de discricionariedade quanto ao fim. Embora seja indiscutível que o fim do ato administrativo deva ser sempre e necessariamente um interesse público, sob pena de invalidade, na maior parte das vezes apreciação do que é o interesse público depende, em *certa medida*, de uma apreciação *subjetiva*, isto é, de uma investigação insuscetível de se reduzir a uma *objetividade absoluta*.” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 2001, p. 383-384).

<sup>157</sup> OLIVEIRA, 2001, p. 76-78.

escolha estará restrita aos “limites de liberdade resultantes da imprecisão da lei”, sempre com o objetivo de atender à finalidade pública.

Analisando a discricionariedade, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>158</sup> afirma que os atos administrativos discricionários são resultantes da aplicação de um poder especial conferido à Administração, qual seja, o poder discricionário. Entretanto, ressalta a exigência de cuidado na verificação do tema da discricionariedade, que não pode jamais ser aplicada ou interpretada de forma a aproximar-se da noção de arbitrariedade. O poder discricionário não é ilimitado ou arbitrário, o seu exercício deve estar compatibilizado com a finalidade do interesse público.

A arbitrariedade, por outro lado, não é poder conferido à Administração. Na verdade, ela é uma patologia dos atos administrativos, que inclusive justificará a sua extinção, como será analisado adiante.

Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>159</sup> conceitua a discricionariedade como uma “liberdade dentro da lei”; assim o administrador quando estiver diante do caso concreto, terá a liberdade de escolha entre as possibilidades previstas na lei para cumprir o seu “dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica”. Essa integração da norma deverá satisfazer os “objetivos consagrados no sistema legal”.

O fundamento jurídico para a existência de certa margem de discricionariedade para a prática de atos administrativos reside em dois aspectos:

- 1) o legislador não é capaz de estabelecer todas as regras possíveis para aplicação na diversidade de casos concretos que podem ocorrer na realidade social<sup>160</sup> e

---

<sup>158</sup> FRANCO SOBRINHO, 1980, p. 110.

<sup>159</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 2001, p. 385.

<sup>160</sup> Esse fundamento é bastante explorado por Regis Fernandes de Oliveira, ao defender que a principal justificativa para a existência dos atos discricionários é a impossibilidade de previsão pelo legislador de todas as situações possíveis. Assim, o autor conclui: “caso possível fosse o legislador descer a minúcias e, utilizando-se da cibernética, pudesse prever, na atividade legiferante, todas as ocorrências possíveis, então teríamos, pura e simplesmente, a substituição de um órgão do poder por outro, ou seja, teríamos a supressão do órgão administrativo ou executivo. Este não passaria de mero cumpridor de ordens emanadas, concretamente, do Poder Legislativo”. (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. 2001, p. 80).

- 2) o administrador está mais perto dos casos concretos, sendo mais capaz de verificar, diante de uma determinada situação, qual o melhor caminho que deve ser seguido para se alcançar a finalidade condizente com o interesse público.

Na definição dos atos administrativos discricionários, a Administração utilizará os critérios de conveniência, oportunidade, justiça e equidade. Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>161</sup> afirma que esses critérios serão os próprios da administração, “porque não definidos pelo legislador”.

### 3.3 OS VÍCIOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Após a identificação das espécies de atos praticados pela administração, é importante verificar os tipos de vícios e sanções aos quais estão submetidos, podendo-se estabelecer, dessa forma, as suas semelhanças e distinções em relação aos atos privados.

Trata-se de tema polêmico e de difícil sistematização tanto doutrinária quanto jurisprudencial. Inclusive, há quem defenda a desnecessidade de construção de uma sistemática específica para a verificação do ingresso dos atos administrativos no mundo jurídico. Para estes, basta a aplicação idêntica dos preceitos do direito civil sobre o tema. Com esse entendimento, manifesta-se Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>162</sup>, ao afirmar em ambos os casos (Direito Civil e Direito Administrativo) estão “assentados nos princípios gerais do direito, princípios seculares que não são exclusivos dos Códigos Civis”.

Entretanto, esse entendimento não deve prevalecer, já que o estudo da teoria das nulidades em sede de atos administrativos justifica-se pelas peculiaridades específicas dos atos administrativos. Até mesmo aqueles que defendem a transposição das noções de direito civil para a esfera de abrangência do direito

---

<sup>161</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13.ed. Atlas: São Paulo, 2001, p. 196-197.

<sup>162</sup> FRANCO SOBRINHO, 1980, p. 76.

administrativo reconhecem a existência de particularidades em relação ao regime de direito administrativo e de direito civil em relação aos atos jurídicos.

Rafael Bielsa entende que, como regra geral, a teoria das nulidades pode ser aplicada aos atos administrativos, mas, em decorrência das peculiaridades do exercício da própria atividade administrativa, é preciso verificar as regras específicas no campo do direito administrativo:

Los principios que dominan en el derecho privado sobre nulidades son también – como principios jurídicos generales – de aplicación en la esfera del derecho público. Pero en virtud de la especial naturaleza de los actos administrativos, especialmente en razón del fin público o social de la actividad administrativa y de la distinta competencia legal de los agentes u órganos administrativos, impónese la determinación de un régimen de anulación propio de los actos administrativos.<sup>163</sup>

Posição razoável sobre o tema é proposta por Miguel Reale, no sentido de afirmar que nem se pode aplicar toda a teoria das nulidades do direito civil ao direito administrativo, nem se pode desprezá-la, na medida em que se deve reconhecer algumas regras gerais postas pela Teoria Geral do Direito<sup>164</sup>. O autor afirma que devem ser identificadas as questões que estão relacionadas à Teoria Geral do Direito que oferece “particularidades conaturais aos diversos ramos da experiência jurídica”.

Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>165</sup> estabelece a verificação da entrada dos atos administrativos no mundo jurídico nos seguintes planos: perfeição, validade e eficácia. Os conceitos que estabelece para esses planos são praticamente os mesmos que são aplicados aos atos jurídicos civis, respectivamente, nos planos da existência, validade e eficácia:

---

<sup>163</sup> “Os princípios que dominam no direito privado sobre nulidades são também – como princípios jurídicos gerais – de aplicação na esfera do direito público. Porém em virtude da especial natureza dos atos administrativos especialmente em razão do fim público ou social da atividade administrativa e da distinta competência legal dos agentes ou órgãos administrativos, impõe-se a determinação de um regime de anulação próprio dos atos administrativos”. Tradução nossa. (BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. 3.ed. Vol. I. Buenos Aires: J. Lajouane y Cia, 1938, p. 225).

<sup>164</sup> REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 61.

<sup>165</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 2001, p. 345.

- a) ato administrativo perfeito: é o ato “que completou o ciclo necessário à sua formação”, ou seja, é o ato que foi produzido validamente;
- b) ato administrativo válido: é o ato que formou-se corretamente (é perfeito) e “foi expedido em absoluta conformidade com as exigências do sistema normativo;
- c) ato administrativo eficaz: é o ato que está apto a produzir efeitos próprios, não se encontrando “dependente de qualquer evento posterior”.

Weida Zancaner<sup>166</sup> registra que “a matéria não é pacífica e tem propiciado controvérsias de monta no seio da doutrina”. Mas a autora reconhece que a discussão deve ser estabelecida nos planos da existência, da validade e da eficácia, justificando a sua posição com a afirmativa de que “nenhuma investigação jurídica de profundidade pode prosperar sem atinência a considerações sobre esses planos”.

Também defendendo a independência entre os planos da existência, validade e eficácia dos atos administrativos, posiciona-se Marcelo Caetano<sup>167</sup>: “Os efeitos do ato produzem-se a partir do momento em que os direitos ou as faculdades passam a existir juridicamente para o destinatário. (...) A eficácia não depende da validade”.

Entretanto, antes de ingressar diretamente no estudo dos três planos em questão (análise dos vícios que podem atingir os atos administrativos), é imprescindível a verificação preliminar dos requisitos dos atos administrativos. A doutrina de direito administrativo denomina os requisitos dos atos como elementos do ato administrativo.

---

<sup>166</sup> ZANCANER, 2001, p. 29.

<sup>167</sup> CAETANO, 1977, p. 158-159.

### 3.3.1 Os elementos dos atos administrativos

A identificação dos elementos dos atos administrativos é objeto de divergência na doutrina. Como afirma Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>168</sup>, “embora a doutrina tome caminhos tergiversantes, (...) os elementos do ato administrativo na sua estrutura e realidade (...) são apenas cinco”. A maioria dos doutrinadores, à semelhança do autor citado, reconhece a existência de cinco elementos<sup>169</sup>: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade, como afirma Odete Medauar<sup>170</sup>.

A Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65), em seu artigo 2º, estabelece as causas de nulidade dos atos administrativos. Nas alíneas desse artigo, pode-se concluir que o legislador acolheu a classificação de cinco elementos do ato administrativo:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

O sujeito é o indivíduo que pratica o ato, ou seja, aquele que tem competência para a prática do ato administrativo. O objeto é o conteúdo do ato, ou seja, é o que o ato expressa. A forma é a maneira de exteriorização do ato. O motivo<sup>171</sup> é a situação de fato ou de direito que justifica a prática do ato. E a finalidade é o que se pretende alcançar pela prática do ato.

---

<sup>168</sup> FRANCO SOBRINHO, 1980, p. 80.

<sup>169</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello tece uma crítica ao estabelecimento de todos como elementos, na medida em que elementos são as partes que contém um todo, e fica claro que dentre os cinco itens apresentados, alguns são externos aos atos administrativos, não podendo por isso mesmo ser considerados como seus elementos ou como suas partes. Para o autor somente o objeto e a forma são elementos do ato, os demais são externos. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 2001, p. 349).

<sup>170</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8.ed. rev. atua. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 159-160.

<sup>171</sup> Não se pode confundir o motivo com a motivação dos atos administrativos. O motivo é elemento do ato administrativo, enquanto que a motivação é decorrente da aplicação do princípio da motivação (com assento constitucional), por meio do qual, o administrador deve justificar a prática de seus atos. Somente com a justificativa dos atos é que se pode garantir ao administrado o exercício dos seus direitos decorrentes do Estado Democrático de Direito, quais sejam: direito à informação e ciência dos motivos pelos quais os atos foram praticados; exercitar seu direito de ampla defesa; permitir o controle judicial dos atos administrativos.

A verificação do sujeito está relacionada à competência do agente, se a pessoa jurídica de direito público interno possui os poderes necessários à prática do ato; se existe ou não algum impedimento para a prática do ato.

A identificação dos elementos é fundamental para análise da validade dos atos administrativos. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>172</sup> registra que a existência do ato administrativo perfeito somente ocorre diante da legalidade dos elementos componentes do ato, não bastando (como é evidente) a simples presunção de legitimidade dos atos<sup>173</sup>.

### 3.3.2 O plano da existência dos atos administrativos

Da mesma forma que no estudo dos atos jurídicos em geral, há muita discussão doutrinária sobre a distinção ou não de um plano específico de existência dos atos administrativos. Regis Fernandes de Oliveira<sup>174</sup> entende que não há necessidade ou sequer possibilidade de identificação desse plano autônomo, ou seja, não há que se falar em atos inexistentes, já que no seu entender “o ato será sempre existente”. Qualquer vício deve ser resolvido no plano da validade, especificamente na nulidade; para o autor “os denominados atos inexistentes realmente não existem”.

Mas há os que defendem a possibilidade de verificação do ato administrativo inexistente. Entre eles encontra-se Eduardo Lobo Botelho Gualazzi<sup>175</sup>, que, depois de verificar vários conceitos doutrinários, distingue a possibilidade de ato administrativo inexistente, entretanto justifica a sua caracterização pela

---

<sup>172</sup> FRANCO SOBRINHO, 1980, p. 154.

<sup>173</sup> A presunção de legitimidade e veracidade dos atos é um dos atributos dos atos administrativos, juntamente com a imperatividade e a auto-executoriedade. A presunção de legitimidade consiste no atributo do ato administrativo, por meio do qual os atos administrativos estão presumivelmente em concordância com a lei. Nesse sentido, posiciona-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “a presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13.ed. Atlas: São Paulo, 2001. p. 182).

<sup>174</sup> OLIVEIRA, 2001, p. 134-135.

<sup>175</sup> GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Ato administrativo inexistente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 107.

impossibilidade de produção de efeitos. O autor mistura os conceitos de inexistência com eficácia.

Por outro lado, Weida Zancaner<sup>176</sup> registra a possibilidade de verificação do ato administrativo no plano da existência, que “conduz à idéia de perfeição”. Afirma, ainda, que o ato será inexistente quando lhe faltar um dos elementos necessários à sua formação, mas, em existindo vício em outros de seus elementos, será caso de invalidade e não de inexistência.

Caminhando no sentido de elucidar a questão, a jurista<sup>177</sup> estabelece que somente o objeto, o conteúdo e a forma são os elementos necessários para determinar a existência dos atos administrativos: “forma e conteúdo são, pois, os elementos que tornam possível, juntamente com o objeto, a existência do ato administrativo”. É interessante verificar que a autora desmembra a noção de conteúdo do ato em relação ao objeto do ato, especificando que podem existir atos que tenham conteúdo, mas que o seu objeto contém vício, implicando a inexistência do ato administrativo.

Eduardo Lobo Botelho Gualazzi<sup>178</sup> também reconhece a inexistência por vício do objeto do ato administrativo, quando afirma que “será inexistente o ato administrativo veiculador de objeto manifestamente ilícito, imoral, impossível ou incerto”.

Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>179</sup>, concordando com Weida Zancaner, que especifica o objeto como elemento determinante para a existência, identifica como pressupostos de existência dos atos administrativos “o *objeto* e a *pertinência do ato* ao exercício da função administrativa”. Quanto ao objeto, afirma o autor que a sua ausência (material ou jurídica) determina a inexistência dos atos administrativos.

---

<sup>176</sup> ZANCANER, 2001, p. 31 e 33.

<sup>177</sup> Em que pese a sua posição favorável à verificação no plano da existência, a autora entende que os atos inexistentes, na verdade, não são atos administrativos, mas na verdade, são fatos jurídicos: “... os atos imperfeitos, ou pelo menos alguns deles, geram ou podem gerar conseqüências jurídicas. Revestem-se da aparência de ato, mas não são atos e sim fatos jurídicos, e como tais estão enlaçados a sua conseqüência jurídica.” (ZANCANER, 2001, p. 31-32 e 44).

<sup>178</sup> GUALAZZI, 1980, p. 123.

<sup>179</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 2001, p. 349 e 352.

Em decorrência do princípio da legalidade aplicável aos atos administrativos, o objeto dos atos deve ser lícito, não somente na noção de não contrário à lei, mas, principalmente, submetido ao comando legal, ou seja, deve estar de acordo com o que a lei determina ou autoriza.

Outra circunstância que determina a inexistência do ato administrativo reside na necessidade de ele ser pertinente com a atividade administrativa. Como já visto anteriormente, o ato administrativo somente será considerado como tal quando decorrente do exercício da função executiva. Assim, em se tratando de ato que tenha sido praticado (mesmo que pelo Poder Executivo), mas que não seja pertinente com a função administrativa, será ato administrativo inexistente. Pode ser ato existente e até mesmo válido em outra esfera jurídica, mas não terá sequer existência enquanto ato administrativo. Nesse sentido, posiciona-se Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>180</sup>.

Não há como se afastar da necessária verificação dos atos administrativos no plano da inexistência. Os atos nulos são distintos dos atos inexistentes. Serão inexistentes aqueles atos administrativos que tenham violado a lei ou que tenham sido praticados por autoridade manifestamente incompetente. Como afirma Themístocles Brandão Cavalcanti<sup>181</sup> será inexistente o ato que violou a lei (na sua formação) ou foi praticado por autoridade incompetente.

Eduardo Lobo Botelho Gualazzi<sup>182</sup> identifica outras possibilidades de atos administrativos inexistentes, de acordo com a verificação de vícios específicos em cada elemento do ato administrativo. Assim, serão atos administrativos inexistentes aqueles que apresentem os seguintes defeitos: ato administrativo sem qualquer forma; somente em nível teórico, o ato administrativo vinculado sem motivo; “ato administrativo total e flagrantemente isento de aparência de fim público-legal, genérico ou específico”.

---

<sup>180</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 2001, p. 353.

<sup>181</sup> CAVALCANTI, 1948, p. 323.

<sup>182</sup> GUALAZZI, 1980, p. 125-132.

Considerando que é cabível a verificação do ato administrativo no plano da inexistência, devem ser verificadas as conseqüências do ato administrativo inexistente:

- a) o ato administrativo inexistente não pode ser convalidado, como afirma José Cretella Júnior<sup>183</sup>: “o ato inexistente (...) não tem a menor possibilidade de aproveitamento”.
- b) o ato administrativo inexistente não é imperativo, como afirma Eduardo Lobo Botelho Gualazzi<sup>184</sup>: “se da existência decorre a imperatividade (coercibilidade) do ato administrativo, da inexistência decorre a incoercibilidade”;
- c) aspectos referentes à responsabilidade civil do Estado<sup>185</sup>, que não são pertinentes ao desenvolvimento do presente estudo.

### 3.3.3 O plano da validade dos atos administrativos

A validade é uma fase distinta dos atos administrativos, assim como para os atos jurídicos em geral. A validade somente será verificada nos atos que já existam (existência e validade são planos distintos). Ela consiste na verificação do atendimento das exigências legais para que o ato administrativo seja válido, isto é, adequação “à hipótese abstratamente prevista no sistema normativo”. Nesse sentido, posiciona-se Regis Fernandes de Oliveira<sup>186</sup>.

Há o entendimento na doutrina pátria de que não há graus distintos de invalidação dos atos jurídicos administrativo. Hely Lopes Meirelles<sup>187</sup> entende que o ato

---

<sup>183</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1997, p. 297-298.

<sup>184</sup> GUALAZZI, 1980, p. 135.

<sup>185</sup> Pode parecer estranha a afirmativa de que do ato inexistente pode decorrer responsabilidade civil para o Estado. Entretanto, nas hipóteses em que o ato administrativo tenha sido praticado mediante usurpação de função é ato administrativo inexistente. Nesses casos de ato administrativo inexistente há que ser responsabilizado o Estado, ou seja, a Administração pública não tem como eximir-se da responsabilidade pelo ato administrativo inexistente, esse é o entendimento de Eduardo Lobo Botelho Gualazzi (GUALAZZI, 1980, p. 142).

<sup>186</sup> OLIVEIRA, 2001, p. 94.

<sup>187</sup> MEIRELLES, 2004, p. 202-203.

administrativo somente é “válido ou inválido”, “jamais poderá ser legal ou meio-legal; válido ou meio-válido, como ocorreria se se admitisse a nulidade relativa”. Entende não ser relevante estudar graus de invalidade. Por isso, refuta a idéia de que os atos administrativos inválidos possam ser nulos ou anuláveis. Serão sempre nulos, caso eivados de vícios que assim o justifique. Para o autor “em Direito Público não há lugar para os atos anuláveis”, porque a anulabilidade está relacionada com o desrespeito a regras de interesse privado e não público.

Entretanto, Weida Zancaner<sup>188</sup> discorda da posição anterior, por entender cabível a divisão da invalidade em graus distintos, de acordo com a gravidade do vício que alcance os atos administrativos, mas sempre registrando a necessidade de identificação também dos atos administrativos inexistentes. A autora reconhece a possibilidade de existência de atos anuláveis e nulos.

Também entendendo a possibilidade de verificação dos vícios dos atos administrativos em vícios que os tornam nulos e outros anuláveis, José Cretella Júnior<sup>189</sup> afirma que “deve-se manter, no direito administrativo brasileiro, essa dicotomia dos atos viciados em nulos e anuláveis”.

Miguel Reale<sup>190</sup> afirma que as invalidades dos atos administrativos podem sofrer uma gradação entre as nulidades absolutas ou de pleno direito e as anulabilidades ou nulidades relativas.

A Lei de Ação Popular, no parágrafo único do artigo 2º, refere-se à nulidade dos atos administrativos que apresentem os vícios relacionados a cada um dos seus cinco elementos:

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

---

<sup>188</sup> ZANCANER, 2001, p. 88.

<sup>189</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1995, p. 381.

<sup>190</sup> REALE, 1968, p. 66-70.

- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>191</sup> classifica os pressupostos de validade dos atos administrativos em: “1) pressuposto *subjetivo* (sujeito); 2) pressupostos *objetivos* (motivo e requisitos procedimentais); 3) pressuposto *teleológico* (finalidade); 4) pressuposto *lógico* (causa); e 5) pressupostos *formalísticos* (formalização).”

Os pressupostos subjetivo e objetivo já foram citados acima, dentro da medida necessária para os fins do presente estudo. A finalidade traz como aspecto relevante a aplicação da teoria do desvio ou abuso de poder<sup>192</sup>. A causa é a relação que se estabelece entre o motivo e o objeto; a sua ausência dá ensejo à invalidade do ato administrativo. A causa e o motivo são institutos distintos, não podendo ser confundidos, uma vez que a causa é um liame entre o motivo e o objeto, que devem ser pertinentes; deve haver um “nexo lógico de pertinência” entre ambos como, afirma Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>193</sup>. Por meio da causa os motivos do ato administrativo serão examinados, já que “ainda que não previstos em lei, guardam nexo lógico de pertinência com a decisão tomada, em face da finalidade que, de direito, cumpre atender”.

O estudo da razoabilidade e da proporcionalidade é relevante no momento de verificação da causa, como pressuposto de validade do ato administrativo. O ato que não apresente a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade<sup>194</sup> será inválido.

---

<sup>191</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 2001, p. 349-350.

<sup>192</sup> José Cretella Júnior afirma que “a ilegalidade é gênero, de que o abuso de poder é espécie”. O autor procura estabelecer a distinção entre as figuras de abuso ou excesso de poder e o desvio de poder. Para o autor: “no abuso e no excesso, o arbítrio e a violência estão presentes; no desvio, não se percebe o *quantum* de arbítrio e violência que inspira o ato, tal a astúcia da autoridade ao mascarar suas verdadeiras intenções”. (CRETELLA JÚNIOR, 1997, p. 47).

<sup>193</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 2001, p. 365.

<sup>194</sup> O tema será mais explorado quando for estudado o controle dos atos administrativos. Entretanto, já vale a pena registrar que a maioria da doutrina brasileira considera o princípio da proporcionalidade como um aspecto da razoabilidade, sendo o segundo mais abrangente que o primeiro.

A forma poderá ou não ser obrigatória. Como regra geral, a forma dos atos administrativos é livre. A forma será vinculada (obrigatória) somente quando o comando legal determinar que o ato administrativo seja praticado obedecendo-se a determinados requisitos formais específicos. Esse é o entendimento que decorre do comando legal previsto no artigo 22 da Lei 9.784/99: “os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.”

Sobre a ausência de forma, Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>195</sup> estabelece uma distinção entre forma e formalização, afirmando que a ausência de formalização é causa de nulidade. Assim, pode-se concluir que mesmo o autor não tendo colocado a forma entre as causas de inexistência<sup>196</sup>, como se trata de elemento constitutivo intrínseco, a sua ausência, na verdade, é causa de inexistência do ato, ou seja, sem uma manifestação exterior o ato não existe, porque o direito não se preocupa com os pensamentos. Manifesta-se o autor sobre a referida distinção.

Agustín Gordillo<sup>197</sup> defende que não pode ser aplicada a teoria das nulidades dos atos jurídicos privados aos atos jurídicos públicos. Fundamenta o autor a existência de várias diferenças entre um sistema e outro, entre elas, seguem abaixo as mais importantes:

- 1) no direito civil, a nulidade tem características de sanção, enquanto que no direito administrativo decorre da impossibilidade de manutenção de um ato ilegal;

En el derecho civil la nulidad suele concebirse como una sanción por la ausencia o la alteración de un elemento constitutivo del acto; en cambio en el derecho administrativo la nulidad deriva de la imposibilidad del acto de integrarse en un ordenamiento jurídico dado.<sup>198</sup>

---

<sup>195</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 2001, p. 353.

<sup>196</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello coloca a forma entre os elementos constitutivos dos atos administrativos (o outro é o objeto, por ele denominado de conteúdo). Mas quando trata dos pressupostos de existência dos atos administrativos, o autor relaciona somente o objeto e a pertinência à função administrativa. Para manutenção e coerência lógica, dentre os requisitos de existência deve constar também a forma, já que o autor a considerou como elemento intrínseco dos atos administrativos.

<sup>197</sup> GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: el acto administrativo. Tomo 3. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. XI-3-9.

<sup>198</sup> “No direito civil a nulidade somente se concebe como uma sanção pela ausência ou pela alteração de um elemento constitutivo do ato; por outro lado no direito administrativo a nulidade deriva da

- 2) no direito civil, a nulidade sempre deve ser declarada pelo Judiciário; já no direito administrativo pode ser declarada tanto pelo Judiciário, quanto pela própria Administração;

En el derecho civil la nulidad es siempre declarada por un órgano judicial, mientras que en el derecho administrativo puede serlo tanto por un órgano judicial como por un órgano administrativo, aunque esto último es excepcional, no normal...<sup>199</sup>

- 3) no direito civil, os vícios de nulidade estão, na sua maior parte, especificados na lei; por outro lado, no direito administrativo não há essa positivação sistemática dos vícios; daí decorre maior insegurança na definição dos casos de nulidade dos atos administrativos do que nos atos do direito civil<sup>200</sup>;

En el derecho civil los vicios que dan lugar a las nulidades del acto jurídico están en su mayor parte expresamente contemplados en el código civil, señalándose incluso qué tipo de nulidad corresponde a cada vicio. (...) en el sistema civil de las nulidades tiene mayor certeza y previsibilidad, el administrativo es más incierto y por ende propenso a la inseguridad jurídica<sup>201</sup>.

- 4) no direito civil, não se pode alegar a própria torpeza, ou seja, quem tenha dado causa à nulidade não poderá alegá-la em seu benefício, o que não ocorre no direito administrativo, no qual a administração tem o dever de anular os atos ilegais, mas alerta que atualmente deve-se ter mais cuidado com essa questão;

Mientras que en el derecho privado no se puede alegar la propia torpeza (...), en el derecho administrativo antiguo la administración sí podía hacerlo, sea revocando los actos ilegítimos (...), sea pidiendo en sede judicial tanto por acción como por reconvención, la nulidad de su propio ato. (...) Cada vez se

---

impossibilidade do ato integrar-se no ordenamento jurídico dado". Tradução nossa (GORDILLO, 2003, p. 3)

<sup>199</sup> "No direito civil a nulidade é sempre declarada por um órgão judicial, mas no direito administrativo pode sê-lo tanto por órgão judicial como por um órgão administrativo, mas esse último é excepcional e não normal." Tradução nossa (GORDILLO, 2003, p. 4)

<sup>200</sup> Como já foi salientado no capítulo específico, o Novo Código Civil Brasileiro de 2002 tratou melhor a nulidade do que o código anterior, na medida em que separou as nulidades das anulabilidades, estabeleceu regramento de qual a sanção aplicável, caso a lei não tenha expressamente estabelecido.

<sup>201</sup> "No direito civil os vícios que dão lugar às nulidades do ato jurídico estão em sua maior parte expressamente contemplados no código civil, sendo incluído qual tipo de nulidade corresponde a cada vício, no sistema civil de nulidades tem-se maior certeza e previsibilidade, no administrativo é mais incerto e por isso é mais propenso à insegurança jurídica." Tradução nossa (GORDILLO, 2003, p. 5)

afirma más en nuestro derecho la tendencia contraria a que la administración invoque su propia torpeza...<sup>202</sup>

- 5) no direito civil, normalmente as nulidades tendem a proteger a manifestação livre de vício da parte; já no campo do direito administrativo a tendência é a de proteger o ordenamento jurídico.

Mientras que las nulidades civiles tienden fundamentalmente a custodiar la voluntad de las partes, las nulidades administrativas buscan principalmente reafirmar la vigencia objetiva del ordenamiento jurídico; o, si se prefiere, asegurar el interés público no en cuanto interés de la administración, sino en cuanto interés colectivo de que la administración no viole el orden jurídico.<sup>203</sup>

Marcos Bernardes de Mello<sup>204</sup> ressalta que em determinadas situações haverá nulidade tanto nos atos jurídicos administrativos, quantos nos atos jurídicos civis (atos jurídicos em sentido estrito ou negócios jurídicos). Diante da infringência da moralidade, da violação das “normas jurídicas cogentes” ou da prejudicialidade ao patrimônio público, todo ato jurídico será nulo.

### 3.3.4 O plano da eficácia dos atos administrativos

A noção geral de eficácia está relacionada à capacidade de produção de efeitos dos atos jurídicos em geral. Essa noção pode ser aplicada aos atos administrativos, tratando-se, assim, a eficácia da capacidade de produção dos efeitos jurídicos próprios dos atos administrativos. Como afirma Marcelo Caetano<sup>205</sup>, os efeitos podem ser os “relativos ao objeto de cada ato” e os “naturais e legais” de cada espécie ou categoria de atos.

---

<sup>202</sup> “Enquanto que no direito privado não se pode alegar a própria torpeza (...), no direito administrativo antigo a administração podia fazê-lo seja invocando os atos ilegítimos (...), seja pedindo em sede judicial tanto por ação como por reconvenção, a nulidade de seu próprio ato. (...) Cada vez se afirma mais em nosso direito a tendência contrária a que a administração invoque a sua própria torpeza...” Tradução nossa (GORDILLO, 2003, p. 5).

<sup>203</sup> Enquanto que as nulidades civis tendem fundamentalmente a proteger a vontade das partes, as nulidades administrativas buscam principalmente reafirmar a vigência objetiva do ordenamento jurídico; ou, se se prefere, assegurar o interesse público não enquanto interesse da administração, mas sim enquanto interesse coletivo que a administração não viole a ordem jurídica. Tradução nossa (GORDILLO, 2003, p. 5)

<sup>204</sup> MELLO, 2001, p. 44-45.

<sup>205</sup> CAETANO, Marcelo. 1977, p. 158.

Entretanto, Regis Fernandes de Oliveira<sup>206</sup> ressalta questão relevante que consiste na inexistência de definição de quais são os efeitos dos atos administrativos. O autor afirma que efeito é “toda modificação da realidade jurídica preexistente ao ato”. Não interessam quais foram os efeitos, basta a existência de “alteração operada no mundo jurídico”. A alteração deve ser entendida com a “maior latitude possível”.

Nesse plano da eficácia, Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>207</sup> reconhece a existência de produção de efeitos típicos ou próprios e efeitos atípicos dos atos administrativos, estabelecendo as distinções entre os dois. Os efeitos típicos, na visão do autor, “são efeitos correspondentes à tipologia específica do ato, à sua função jurídica”. Por outro lado, os efeitos atípicos podem ser divididos em: a) efeitos preliminares ou prodrômicos e b) efeitos reflexos. Os primeiros existem “durante o período que intercorre desde a produção do ato até o desencadeamento de seus efeitos típicos”. Já os segundos “são aqueles que refluem sobre outra relação jurídica, ou seja, que atingem terceiros não objetivados pelo ato”.

Concordando com a posição acima de Celso Antonio Bandeira de Mello, Weida Zancander<sup>208</sup> afirma que o ato administrativo é eficaz “quando a produção de seus efeitos não estiver condicionada a ocorrência de qualquer evento posterior, como o termo final ou a condição suspensiva”.

Por outro lado, Marcelo Caetano<sup>209</sup> propõe a verificação dos efeitos dos atos administrativos em “relação às pessoas (eficácia subjetiva), em relação ao lugar (eficácia local) e em relação ao tempo (eficácia temporal)”.

### 3.4 O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A noção de controle dos atos administrativos está relacionada à verificação de sua validade. Como já salientado, os atos administrativos são exercício de poder e, por

---

<sup>206</sup> OLIVEIRA, 2001, p. 95.

<sup>207</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 2001, p. 346.

<sup>208</sup> ZANCANER, 2001, p. 43.

<sup>209</sup> CAETANO, 1977, p. 159.

isso, devem ser controlados. José Cretella Júnior<sup>210</sup> formula um conceito para o controle sobre os atos administrativos, fundamentando a sua prática na limitação ao exercício do poder.

O controle pode ser exercido pela própria Administração Pública ou pelo Poder Judiciário<sup>211</sup>. Em nível judicial, vários tipos de ação podem ser utilizados para esse fim: mandado de segurança, ação civil pública, *habeas corpus*, *habeas data*, ação direta de constitucionalidade (interesse específico do trabalho) e outros.

Independentemente do controle específico dos atos administrativos, existem várias formas de extinção dos atos administrativos. Regis Fernandes de Oliveira<sup>212</sup> adota a seguinte classificação para a divisão das possibilidades de extinção dos atos administrativos: “extinção natural (...); extinção provocada acidental (...); extinção provocada voluntária; extinção por reação”.

O controle dos atos administrativos é exercido exatamente na “extinção por reação”, que, por sua vez, se situa na possibilidade de extinção do ato administrativo por meio de iniciativa da própria administração ou por determinação legal. Assim, é exatamente nesta classe de extinção dos atos administrativos que se situam as formas mais importantes para os fins do presente estudo: a revogação e a anulação dos atos administrativos.

Mas antes de enfrentar diretamente as formas de controle, é preciso analisar quais são os planos de verificação de ingresso dos atos administrativos no mundo jurídico. À semelhança do que ocorre com a disciplina de direito civil, também no direito administrativo não é tarefa fácil a identificação dos planos, pelos seguintes motivos:

---

<sup>210</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1997, p. 28.

<sup>211</sup> Esse é o sistema que vigora no Brasil, na medida em que é aplicado o sistema de jurisdição única ou sistema inglês, por meio do qual ao Poder Judiciário sempre cabe a última palavra sobre a matéria objeto do controle do ato administrativo. A diversidade de sistemas de controle dos atos administrativos contribui para a complexidade sobre o tema, como afirma Themístocles Brandão Cavalcanti: “A teoria do controle jurisdicional é uma das mais complexas e delicadas que existem no direito administrativo, sujeita, como se acha, a múltiplas variações, de acordo com o regime político, com a organização do Poder Judiciário de cada país.” (CAVALCANTI, Themístocles Brandão. 1948, p. 420-421.)

<sup>212</sup> OLIVEIRA, 2001, p. 99-100.

inexistência de tratamento legislativo específico e diversidade doutrinária. Esse entendimento é expresso por Regis Fernandes de Oliveira<sup>213</sup>.

Questão relevante surge quando se indaga sobre a possibilidade de estabelecimento de graus de invalidade dos atos jurídicos administrativos (como ocorre com os atos jurídicos em geral). Isto é, há relevante discussão (já salientada anteriormente) sobre a possibilidade de aplicação de sanção distinta de acordo com a gravidade do vício (nulidade ou anulabilidade) aos atos jurídicos administrativo.

Defendendo a idéia de inaplicação da teoria das nulidades do direito civil aos atos administrativos, Odete Medauar<sup>214</sup> afirma que os atos administrativos, quando eivados de vícios, são nulos em princípio, não se devendo falar em anulabilidade. Justifica o seu posicionamento por entender que, no exercício de suas atividades caracterizadoras de atos administrativos, a Administração Pública está submetida a normas de natureza pública.

Por outro lado, Regis Fernandes de Oliveira<sup>215</sup> entende que não há distinção entre atos nulos e anuláveis, justificando a sua posição com a afirmativa de que não há diferença entre a produção de efeitos pela extinção em um ou em outro caso. Seja a extinção promovida pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário, não há distinção estrutural entre um vício ou outro. O autor afirma que “havendo ou não uma desconformidade total do ato com a norma (nulidade) ou existindo apenas desconformidade parcial (anulabilidade), a supressão dele no mundo jurídico produz os mesmos efeitos”.

Entretanto, Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>216</sup> reconhece a existência de atos irregulares, inexistentes (“os atos que assistem no campo do impossível jurídico, como tal entendida a esfera abrangente dos comportamentos que o Direito radicalmente inadmite”), nulos (“os que a lei assim os declare e os atos em que é racionalmente impossível a convalidação”) e anuláveis (“os que a lei assim os declare e os que podem ser re praticados sem vício”). Os atos irregulares

---

<sup>213</sup> OLIVEIRA, 2001, p. 125.

<sup>214</sup> MEDAUAR, 2004, p. 182-183.

<sup>215</sup> OLIVEIRA, 2001, p. 128.

<sup>216</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 2001, p. 399, 414-417.

apresentam meros defeitos que podem ser plenamente sanáveis. O autor<sup>217</sup> elabora um quadro sobre as formas de extinção do ato administrativo e, para tanto, distingue os atos eficazes dos atos ineficazes. O ato ineficaz se extingue pela mera retirada ou pela recusa; já o ato eficaz extingue-se pelo (a):

- I – cumprimento dos efeitos: a) esgotamento do conteúdo jurídico da relação; b) execução material; c) termo final ou condição resolutiva;
- II – disparição de elemento infungível da relação: a) sujeito; b) objeto;
- III – retirada: a) revogação; b) invalidação; c) cassação; d) caducidade; d) contraposição;
- IV – renúncia.

Sendo adotada a noção de que os atos administrativos podem ser verificados nos planos da existência, da validade e da eficácia, deve-se atentar para a disciplina distinta aplicada aos atos inexistentes. Como afirma Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>218</sup>, os atos inexistentes não podem ter o mesmo regime jurídico dos atos administrativos nulos e anuláveis, já que os atos inexistentes:

- a) são imprescritíveis;
- b) jamais podem ser convalidados, ao contrário dos atos anuláveis, e jamais podem ser objeto de *conversão*, ao contrário dos atos nulos, pois estes últimos, em algumas hipóteses, podem ser *convertidos* em outros atos;
- c) é cabível direito de resistência, inclusive *manu militari*, contra eles, diferentemente do que ocorre com os atos nulos e anuláveis;
- d) uma vez proclamado o vício em que incorreram, em nenhuma hipótese são ressalvados efeitos pretéritos que hajam produzido.

Tecidas essas considerações preliminares, podem ser analisadas mais detidamente a revogação e a invalidação dos atos administrativos<sup>219</sup>.

<sup>217</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 2001, p. 399, 417.

<sup>218</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 2001, p. 428.

<sup>219</sup> É importante salientar que uma forma relevante de controle dos atos administrativos é exercida em decorrência do controle dos atos em face do princípio da probidade administrativa. Juarez de Freitas registra a importância do respeito dos atos administrativos a esse princípio e, conseqüentemente, a importância do controle dos atos administrativos que não respeitem ao preceituado pelo princípio da probidade administrativa: "... um dos mais fascinantes princípios de estatura constitucional (CF, art. 37), revestido de autonomia expressa no sistema pátrio, é justamente o princípio da moralidade, o qual representa um desafio para o intérprete maduro no mister de emprestar concordância prática e efetividade às normas que colimam a sua concreção. Do referido princípio descende (...), o também expressamente agasalhado princípio da probidade administrativa." (FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 99).

### 3.4.1 A revogação dos Atos administrativos

A revogação do ato administrativo é um ato que pode ser praticado somente pela própria Administração, ou seja, somente o sujeito competente para a prática do ato pode revogá-lo, ficando assim afastada a possibilidade de o Poder Judiciário revogar o ato. Os motivos que justificam a revogação são a inconveniência e a inoportunidade do ato, ou seja, estão relacionados ao mérito administrativo, não podendo haver interferência do Judiciário<sup>220</sup>.

A revogação diz respeito ao exercício da discricionariedade da Administração Pública. Como afirma Miguel Reale<sup>221</sup>, o seu “fundamento último é o interesse público”, por isso, ao Poder Judiciário não é permitido revogar os atos administrativos, exceto aqueles praticados por ele mesmo (que também exerce funções administrativas). A revogação é um ato discricionário exaurindo-se “integralmente no processo administrativo de cada Poder do Estado”, dessa forma fica “vedada qualquer contrasteação alheia, inclusive por parte do Judiciário”.

Ou seja, a revogação é voltada para os atos que eram válidos e por falta superveniente de interesse público, verificada nos critérios de conveniência e de oportunidade, não podem perdurar como válidos. Com relação aos efeitos produzidos, vale registrar que a revogação produz efeitos *ex nunc* (efeitos para o futuro, não retroagem). Esse é o entendimento de Oswaldo Aranha Bandeira de

---

<sup>220</sup> O mérito administrativo está situado em uma zona mista, que se localiza entre a zona de certeza positiva e a zona de certeza negativa. Quando o Judiciário atua dentro dessas zonas de certeza não está ofendendo o mérito administrativo. Sendo assim, ao Judiciário é permitida a invalidação de atos administrativos que estejam em desacordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Esse, atualmente, é o entendimento majoritário acolhido na jurisprudência, como se pode verificar pelo julgamento do STJ: “ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 429570. Ministério Público do Estado de Goiás e Município de Goiânia. Relatora: Ministra Eliana Calmon. 11 nov. 2003. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 18 mar. 2005.

<sup>221</sup> REALE, Miguel. 1968, p. 44.

Mello<sup>222</sup> por que a revogação não é capaz de cancelar o ato anterior que será válido até a manifestação revogatória da Administração, por critérios de conveniência e oportunidade.

Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>223</sup> conceitua a revogação como a “extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuada por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos precedentes”.

Verificando a produção dos efeitos voltados para o futuro, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>224</sup> afirma que os atos administrativos objeto de revogação produzem efeitos até o momento da revogação, que, tendo a natureza jurídica de ato administrativo, irá produzir efeitos para o futuro.

Pois bem, como a revogação é a prática de um outro ato administrativo, o Poder Judiciário não pode praticar a revogação por meio do exercício da atividade jurisdicional. Entretanto, tanto o Legislativo quanto o Judiciário, quando estejam praticando atos administrativos, podem revogar os seus atos, como já salientado acima.

Cabe à Administração o dever de rever os seus atos, anulando-os, quando eles se tornem ilegais ou revogando-os, quando se tornem inconvenientes ou inoportunos, como exposto na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal e no texto expresso da Lei nº. 9784/99, em seu artigo 53.

Súmula 473. A administração poder anula seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

---

<sup>222</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 633.

<sup>223</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 2001, p. 400.

<sup>224</sup> FRANCO SOBRINHO, 1980, p. 177.

A revogação de atos administrativos abstratos atinge os próprios atos em si e, como há efeitos *ex nunc*, os efeitos anteriores à revogação são mantidos. Quando a revogação é de atos administrativos concretos, são atingidos os efeitos do ato revogado; o ato em si já foi eficaz, mas seus efeitos não podem perdurar, mantendo-se evidentemente aqueles que tenha validamente produzido. Nesse sentido, se posiciona Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>225</sup>.

O ato de revogação<sup>226</sup> de ato administrativo tem natureza jurídica de ato administrativo, diferentemente do ato de anulação, que quando praticado pelo Judiciário (no exercício da jurisdição) tem natureza jurídica de sentença. Observe-se que a Administração tanto pode revogar os atos quanto anulá-los. Essa capacidade (e dever) decorre da aplicação do princípio da autotutela<sup>227</sup> ao qual a Administração está submetida.

### 3.4.2 A invalidação dos atos administrativos

A anulação é justificada pela possibilidade de invalidação do ato administrativo em decorrência de sua ilegalidade. Tanto a Administração quanto o Poder Judiciário são legítimos para a prática da anulação do ato. O dever do Judiciário é evidente, em decorrência da aplicabilidade do princípio da inafastabilidade da jurisdição<sup>228</sup>. Já o

---

<sup>225</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 2001, p. 402.

<sup>226</sup> Existem vários atos administrativos que não podem ser objetos de revogação, como afirma Celso Antonio Bandeira de Mello: “a) os atos que a lei declare irrevogáveis;” “b) os atos já exauridos;” c) os atos vinculados enquanto o sejam;” d) os chamados meros (ou puros) atos administrativos;” “e) os atos de controle;” “f) os atos que, integrando um procedimento, devem ser expedidos em ocasião determinada” “g) os chamados atos complexos”. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 2001, p. 408.

<sup>227</sup> Como afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “enquanto pela tutela a Administração exerce controle sobre outra pessoa jurídica por ela instituída, pela autotutela o controle se exerce sobre os próprios atos, com a possibilidade de anular os atos ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13.ed. Atlas: São Paulo, 2001, p. 73).

<sup>228</sup> O Princípio da Inafastabilidade da jurisdição é também conhecido como o princípio da Indeclinabilidade. Esse princípio decorre da inafastabilidade, porque o juiz, no exercício de sua função jurisdicional, não pode se afastar, ou seja, não pode declinar de sua atividade jurisdicional. Trata-se de um princípio constitucional expresso no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, tem como conteúdo a afirmativa de que “a lei não excluirá da apreciação do judiciário a lesão ou a ameaça de lesão a direito”. Inexiste matéria que possa ser afastada do Judiciário, cabe o Poder a apreciação de qualquer matéria. Inclusive é possível ao Judiciário o controle do mérito dos atos administrativos, quando no exercício da discricionariedade, a Administração praticar ilegalidade de inobservância razoável e proporcional dos critérios de conveniência e oportunidade, o que torna o ato praticado ilegal (até mesmo inconstitucional como se verá mais adiante). O Poder Judiciário somente

fundamento do poder/dever de anulação reside no fato de a Administração Pública, por força do princípio da legalidade, somente poder fazer o que determina.

Na verdade, a anulação, diferentemente da revogação, jamais poderá se justificar por critérios relacionados à oportunidade e à conveniência. Não se pode falar que não há interesse público na prática do ato de anulação, porque interesse público em sentido lato há, já que não se pode dizer que o interesse público se coadune com a existência de atos ilegais. O que não há é um interesse público em sentido estrito.

Como afirma Miguel Reale<sup>229</sup> a anulação se justifica pela ilegalidade, sendo por isso distinta da revogação que se fundamenta na proteção do interesse público manifestado em decorrência dos critérios de conveniência e oportunidade. No entender do autor, a anulabilidade “pressupõe a violação de algum dispositivo legal”, não é suficiente a alegação de superveniente falta de interesse público, “a invocação do bem social não basta para legitimar o anulamento”.

Por outro lado, a anulação é dirigida aos atos administrativos que já nasceram eivados de vícios. Com relação aos efeitos produzidos, a anulação produz efeitos *ex tunc* (efeitos por todo o período desde a prática do ato, ou seja, retroage à data da prática do ato administrativo).

A invalidação é a retirada do ato administrativo ou de seus efeitos do mundo jurídico em decorrência de sua falta de obediência aos preceitos estabelecidos pela ordem jurídica. Weida Zancaner<sup>230</sup> afirma que a sua eficácia será *ex tunc*.

---

será afastado de apreciação de matérias que a própria Constituição Federal afastar de sua apreciação, como, por exemplo, o julgamento do Presidente da República por crimes de responsabilidade é de competência do Senado Federal e não de órgão do Poder Judiciário (em que pese esse julgamento ser precedido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal). Retirando as matérias excepcionadas pela Constituição Federal, nada pode ser afastado da apreciação do Judiciário. Não se pode falar também de necessidade de esgotamento das vias administrativas para o acesso ao Judiciário, esse condicionamento é inconstitucional, em que pese da lei do *habeas data* que exige o indeferimento do pedido em sede administrativa para justificar o interesse para impetração da ação. Somente a própria Constituição Federal pode estabelecer condicionamentos ao exercício da jurisdição, e assim ela o fez, quando estabeleceu em seu artigo 217, § 1º, que “o poder judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”.

<sup>229</sup> REALE, 1968, p. 45.

<sup>230</sup> ZANCANER, 2001, p. 45.

Conforme conceito de Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>231</sup>, a invalidade do ato administrativo é “a supressão com efeito retroativo de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica”.

Antes da invalidação do ato administrativo a Administração Pública deve verificar a possibilidade de convalidação do ato<sup>232</sup>. Dessa forma, como afirma Weida Zancaner<sup>233</sup> “a Administração deve invalidar quando o ato não comportar convalidação. Deve convalidar sempre que o ato comportá-la”.

A convalidação é um remédio aplicado ao ato administrativo, que deve ser mantido naquilo em que for possível. São modalidades de convalidação, de acordo com José Cretella Júnior<sup>234</sup>: ratificação (“a autoridade competente supre requisito ausente ou sana vício existente”), conversão (“o procedimento pelo qual se transforma uma coisa em outra, conservando a segunda, embora transformados os traços da primeira”) e reforma (“é o ato administrativo pelo qual se rejeita a parte ilegal do ato e se conserva a parte não afetada de ilegalidade”).

A possibilidade de convalidação de qualquer modo não pode ferir o princípio da legalidade, ao qual a Administração Pública está adstrita. A invalidação do ato administrativo tem como fundamento jurídico exatamente a aplicação do princípio da legalidade, bem como a restauração da ordem jurídica, que tenha sido violada pela existência do ato administrativo, objeto de invalidação.

---

<sup>231</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 2001, p. 410.

<sup>232</sup> Questão específica é a definição de quais as hipóteses em que é cabível a convalidação do ato administrativo. José Cretella Júnior analisa as possibilidades de convalidação do ato administrativo. De acordo com o autor, o ato inexistente não pode ser objeto de convalidação: “o ato inexistente (...) não tem a menor possibilidade de aproveitamento, sendo, pois, insanável, irreparável, pela simples razão de que inexistente – é não ato – os demais atos administrativos, desde que reúnam certos elementos ou requisitos aproveitáveis, podem e devem, depois de tratamento legal adequado, entrar para o mundo administrativo, com possibilidade de eficiente atuação, recuperando-se, na parte imprestável, readquirindo eficácia no conjunto, metamorfoseando-se ou transformando-se, em determinado setor”. (CRETELLA JÚNIOR, 1997, p. 298-304)

<sup>233</sup> ZANCANER, 2001, p. 57.

<sup>234</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1997, p. 299-301.

Defendendo a impossibilidade de convalidação, em ato inexistente, Weida Zancaner<sup>235</sup> afirma que o ato somente poderá ser convalidado quando for pelo menos existente. A convalidação somente se justifica quando o ato existente tenha evidentemente algum tipo de invalidade.

Rafael Bielsa<sup>236</sup> também registra que a convalidação encontra limite na existência do ato administrativo; somente o ato existente pode ser convalidado:

La confirmación hace válido al acto no desde que se dicta, sino desde que el acto existe, aunque desde entonces esté afectado del vicio que motiva la confirmación. De ahí la regla según la cual la confirmación en el derecho administrativo solamente es admitida cuando puede dictarse un acto nuevo con eficacia retroactiva.

Além do princípio da igualdade<sup>237</sup>, justificam a possibilidade de invalidação pela própria administração os princípios do respeito à boa-fé dos administrados e da segurança jurídica, conforme afirmado por Weida Zancaner<sup>238</sup>.

Os atos administrativos serão anulados por critérios de ilegalidade de acordo com a doutrina brasileira. Os efeitos jurídicos dessa anulação são produzidos com retroação, ou seja, são efeitos *ex tunc*. Rafael Bielsa<sup>239</sup> se posiciona pela produção dos efeitos da anulação desde o início do ato:

<sup>235</sup> ZANCANER, 2001, p. 65-66.

<sup>236</sup> “A confirmação faz válido o ato não desde que se diz, mas desde que o ato existe, ainda que desde então está afetado pelo vício que motiva a confirmação. Daí a regra segundo a qual a confirmação no direito administrativo somente é admitida quando pode editar-se um ato novo com eficácia retroativa”. Tradução nossa. BIELSA, 1938, p. 209.

<sup>237</sup> Questão interessante surge da indagação de saber se a administração tem a faculdade ou o dever de rever os seus atos. Em geral, a Administração tem o dever, entretanto Odete Medauar ressalta a possibilidade de Administração não ter o dever quando se trate de hipótese de erro de pequena gravidade e que da anulação possa resultar um prejuízo maior ainda para o interesse público: “discute-se, no tema, se a Administração tem o dever ou a mera faculdade de anular. De regra, a Administração tem o dever de anular ato dotado de ilegalidade. Embora o poder e dever de anular permaneçam plenos para qualquer ato eivado de ilegalidade, é possível que em determinadas circunstâncias e ante a pequena gravidade do vício, a autoridade administrativa deixe de exercê-lo, em benefício do interesse público, para que as conseqüências do desfazimento em si e sua repercussão não acarretem maior prejuízo que a subsistência do ato; em tais casos, a autoridade deverá sopesar as circunstâncias e as repercussões, até mesmo sociais, do desfazimento, no caso concreto, para decidir se o efetua ou se mantém o ato. Por vezes surgem casos de atos que produziram efeitos irretiráveis que tornariam inócua eventual anulação. (MEDAUAR, 2004, p. 185-186).

<sup>238</sup> ZANCANER, 2001, p. 89.

<sup>239</sup> “A extinção de um ato ilegal – seja revogatória fundada na ilegalidade do ato, seja por anulação – tem efeitos *ex tunc*, segundo a regra de direito comum, retroativos, por aplicação da máxima *quid nullum est, nullum producit effectum*. É nulo, pois não só o ato anulado expressamente, senão

La extinción de un acto ilegal – sea por revocatória<sup>240</sup> fundada en la ilegalidad del acto, sea por anulación – tiene efectos *ex tunc*, según la regla de derecho común, es decir, retroactivos, por aplicación de la máxima *quid nullum est, nullum producit effectum*. Es nulo, pues no sólo el acto anulado expresamente, sino también todos los que derivan del mismo o que tienen a ese acto por condición o motivo-presupuesto.

Sendo posição consolidada no sentido de retroatividade da declaração de anulação, vale verificar que essa retroatividade, como afirma Odete Medauar<sup>241</sup>, pode ser:

- a) “retroação destrutiva”, por meio da qual o ato administrativo é suprimido, “acarretando a perda de eventuais faculdades ou vantagens nele fundamentadas”; ou
- b) “retroação construtiva”, que determina a eliminação tanto do ato quanto da possibilidade de edição de outro ato para mudar a situação, ou seja, “acarreta não só a eliminação do ato defeituoso, mas também a edição de outros atos, a fim de colocar a situação no estado em que estaria no presente se a ilegalidade não tivesse existido no passado”.

É importante esclarecer a questão da competência para a invalidação (um dos traços distintivos entre as nulidades no direito privado e no direito público) dos atos administrativos. No direito civil, somente o Poder Judiciário é competente para decretar a invalidade do ato jurídico. No entanto, quando são atos administrativos, além do Poder Judiciário (inafastabilidade), também é competente a própria Administração pública para decretar a invalidade dos atos administrativos. Mas a Administração sofre determinadas limitações (não enfrentadas pelo Poder Judiciário) no seu poder de anulação, porque em determinadas hipóteses especiais já terá

---

também todos os que derivam do mesmo o que tem esse ato por condição o motivo-presuposto.” Tradução nossa (BIELSA, Rafael. 1938, p. 237-238)

<sup>240</sup> Observe-se que o autor fala em revogação desde que fundada em ilegalidade, ou seja, considera possível a revogação dos atos administrativos em decorrência da ilegalidade, o que no Brasil somente é permitido por meio de anulação, mesmo que feita pela própria Administração Pública. O autor não faz a distinção entre revogação e anulação como é feita pela doutrina e jurisprudência brasileiras, entretanto, o autor registra a produção de efeitos *ex tunc* em se tratando de anulação do ato por ilegalidade.

<sup>241</sup> MEDAUAR, 2004, p. 186.

perdido a sua competência para tanto. Como afirma Carlos Ari Sundfeld<sup>242</sup> “a competência judicial é mais abrangente que a administrativa” para a invalidação dos atos administrativos, já que os atos administrativos não poderão ser invalidados pela administração quando: ausente da competência e por força do exaurimento da competência antes existente.

Finalmente, é preciso ressaltar que mesmo se tratando a anulação de hipótese de reconhecimento de ilegalidade, o poder de autotutela da Administração pública sofre determinadas limitações, não podendo ser exercido de forma absoluta sob pena de estar-se diante de uma arbitrariedade. Rafael Entrena Cuesta<sup>243</sup> resalta a questão dos atos declaratórios de direitos, que não podem ser simplesmente anulados sem a garantia da segurança jurídica de seus efeitos:

No se plantea la cuestión con la misma claridad en el caso de los actos declamatorios de derechos. Entonces, hay que establecer la distinción entre la anulación de oficio y en virtud de recurso administrativo; pues, mientras en el segundo supuesto la Administración podrá proceder a la anulación del acto impugnado que no se ajuste a Derecho, en el primero la necesidad de velar por la seguridad jurídica del titular de los derechos derivantes del acto ha impuesto tradicionalmente una serie de trabas al ejercicio por la Administración de sus facultades de autotutela.

Para exemplificar as situações nas quais a Administração já teria exaurido a sua competência, ficando assim impedida de proceder a invalidação do ato, Lúcia Valle Figueiredo<sup>244</sup> aponta a seguinte hipótese: quando o oficial de registro efetua o registro do projeto de loteamento aprovado pela Prefeitura Municipal, já que o ato de aprovação da prefeitura determinou a prática de outro ato pelo oficial de registro.

Ora, como se verifica, o ato da Prefeitura de aprovação do loteamento serve de pressuposto ao novo ato administrativo, praticado pelo oficial de registros públicos, consistente na determinação de registro do loteamento. Em

<sup>242</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato administrativo inválido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 85.

<sup>243</sup> Não se trata a questão com a mesma claridade no caso dos atos declaratórios de direitos. Então, é preciso estabelecer a distinção entre a anulação de ofício e em virtude de recurso administrativo; pois, enquanto no segundo suposto a administração poderá proceder à anulação do ato impugnado que não se ajuste a direito, no primeiro a necessidade de velar pela segurança jurídica do titular dos direitos derivados do ato tem imposto tradicionalmente uma série de travas ao exercício pela administração de suas facultades de autotutela. (CUESTA, Rafael Entrena. **Curso de derecho administrativo**. Vol I/1. 13.ed. Madri: Tecnos, 1999, p. 231)

<sup>244</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6.ed. rev. atua. amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 237.

conseqüência, o efeito típico do ato, tal seja, possibilitar a anotação no Registro de Imóveis, já fora deflagrado.

Pois bem, depois de vista toda a matéria referente ao controle dos atos administrativos, pode-se resumir as noções básicas, nos termos do quadro sobre o controle dos atos jurídicos administrativos, elaborado com fundamento na exposição de Antonio Carlos de Araújo Cintra<sup>245</sup>.

| Controle dos atos administrativos                                 |                             |  |   |
|---|-----------------------------|--|---|
| Atos inexistentes   | Atos administrativos        |  |   |
| Apresentam vícios na formação                                     | Irregulares                 | Com vício de ilegalidade                                 | Com vícios de mérito  |
| Independentemente de pronunciamento judicial não produzem efeitos | Comportam correção material | Sujeitos à anulação pela Administração e pelo Judiciário | Sujeitos à revogação pela Administração                                   |
|   |                             |  | Sujeitos à anulação pelo Judiciário, quando lesivos de patrimônio público |

<sup>245</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 149-150.

## 4 VALIDADE, VIGÊNCIA E EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS

Depois de verificados os aspectos referentes ao ingresso no mundo jurídico dos atos jurídicos regidos pelo direito privado e dos atos jurídicos regidos pelo direito público, resta analisar as questões que dizem respeito às normas jurídicas.

Antes de mais nada, faz-se necessário entender qual o real significado que pode ser dado ao termo norma jurídica, para depois serem pesquisados os fenômenos que cuidam de seu ingresso no mundo jurídico: validade, vigência e eficácia<sup>246</sup>.

O conceito de normas jurídicas somente pode ser elaborado de acordo com a noção que se tenha do Direito, como ciência. Hans Kelsen, com a construção da teoria pura do direito<sup>247</sup>, estabeleceu que a norma é o critério por meio do qual o jurista entende a ciência do direito. O autor não afastou a verificação de que o direito é um fenômeno complexo, no qual há outras tantas vertentes de investigação, mas estabeleceu um princípio metodológico de verificação objetiva do direito<sup>248</sup>. O autor construiu uma teoria que busca a neutralidade da ciência jurídica, como afirma

---

<sup>246</sup> Há na doutrina quem defenda a verificação em um quarto plano, o vigor. Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que o vigor é um plano distinto da eficácia, da validade e da vigência. No seu entender o vigor “é uma qualidade da norma que diz respeito a sua força vinculante”. Afirma também que podem as normas jurídicas, mesmo sem validade ou vigência, apresentarem uma força ultrativa que “fundamenta a produção retroativa de efeitos”. A posição do autor pode ser questionada, na medida em que não há uma distinção considerável entre o vigor e a vigência que seja capaz de justificar a sua verificação em plano autônomo. A noção de vigor como força obrigatória somente reforça a idéia da eficácia e justifica a sanção. Por outro lado também não é possível afirmar que a norma mesmo inválida está em vigor, porque a norma somente ingressará no ordenamento jurídico quando estiver válida e vigente. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 199)

<sup>247</sup> “Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto se não possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isso dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6.ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1)

<sup>248</sup> Fábio Ulhoa Coelho consegue resumir, com muita propriedade, o princípio metodológico da denominada teoria pura do direito, que está voltada para a verificação da norma jurídica sob um enfoque desprovido de apreciações meta-jurídicas: “... o princípio metodológico fundamental kelseniano afirma que o conhecimento da norma jurídica deve necessariamente prescindir daqueles outros relativos à sua produção, bem como abstrair totalmente os valores envolvidos com a sua aplicação. Considerar esses aspectos pré-normativos e metanormativos implica obscurecer o conhecimento da norma, comprometendo-se a cientificidade dos enunciados formulados por ela.” (COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4.ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 3).

Geovany Cardoso Jevaux<sup>249</sup>, “embora a teoria não ignore a conexão do direito com outros campos do conhecimento, almeja tratá-lo à parte, a fim de evitar um ‘sincretismo metodológico’”.

A ciência jurídica passou por momentos distintos de definição do seu conteúdo, desde a abordagem “de saber eminentemente ético”, até evoluir para os conceitos mais modernos do que se poderia denominar atualmente de um “saber tecnológico”, como afirma Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>250</sup>.

Em meio à convivência social, os homens se deparam com vários conflitos estabelecidos em suas relações, conflitos que são resultantes da vontade de fazer prevalecer o interesse de um indivíduo sobre o interesse do outro. Exatamente da existência dos conflitos entre os homens surge a necessidade de regulação desses conflitos, com a criação de regras e procedimentos para o restabelecimento do estado anterior.

É nesse sentido que Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>251</sup> situa como problemática central da ciência dogmática do direito o fenômeno da decidibilidade de conflitos. O autor entende que a ciência do Direito não está restrita aos exclusivos aspectos da norma pura (discordando de Kelsen), com a exclusão total das “questões zetéticas”<sup>252</sup>, nem restrita à limitação das questões dogmáticas exclusivamente às

---

<sup>249</sup> JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direitos adquiridos em face da Constituição**: Proposta de um novo paradigma, 2003, p. 164, Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

<sup>250</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 84.

<sup>251</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 88-92.

<sup>252</sup> Tércio Sampaio Ferraz Júnior salienta a possibilidade de dois enfoques teóricos distintos da ciência do direito: o zetético e o dogmático. Afirmando o seguinte sobre o enfoque zetético: “o campo de investigações zetéticas do fenômeno jurídico é bastante amplo. Zetéticas são, por exemplo, as investigações que têm como objeto o direito no âmbito da sociologia, da Antropologia, da Psicologia, da História da Filosofia, da Ciência Política etc. Nenhuma dessas disciplinas é especificamente jurídica. Todas elas são disciplinas gerais, que admitem, no âmbito de suas preocupações, um espaço para o fenômeno jurídico. À medida, porém, que esse espaço é aberto, elas incorporam-se ao campo das investigações jurídicas...”. Por outro lado, a dogmática jurídica está voltada para a análise relacionada às disciplinas jurídicas específicas: “são disciplinas dogmáticas, no estudo do direito, a ciência do direito civil, comercial, constitucional, processual, penal, tributário, administrativo, internacional, econômico, do trabalho etc. Uma disciplina pode ser definida como dogmática à medida que considera certas premissas, em si e por si arbitrárias (isto é, resultantes de uma decisão), como vinculantes para o estudo, renunciando-se, assim, ao postulado da pesquisa independente. Ao contrário das disciplinas zetéticas, cujas questões são infinitas, as dogmáticas tratam de questões finitas.” (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 44-49).

questões zetéticas. Na verdade, a ciência do direito deve estar separada em três “modelos da ciência dogmática do direito”:

- a) Dogmática analítica ou a ciência do direito como teoria da norma;
- b) Dogmática hermenêutica ou a ciência do direito como teoria da interpretação;
- c) Dogmática da decisão ou teoria dogmática da argumentação jurídica.

Observe-se que em qualquer dos enfoques acima a questão da decidibilidade é ponto nevrálgico, já que em todos eles o que interessa é chegar-se a uma tomada de decisão para a pacificação dos conflitos.

Hans Kelsen<sup>253</sup> entende que o Direito tem como objeto as normas jurídicas, que, por sua vez, são as regras que regulam a conduta humana. Dessa forma, o direito é um sistema de normas jurídicas que se apresentam como “ordens de conduta humana”. As normas compõem um sistema que tem como unidade a circunstância de que todas elas têm como fundamento de validade uma outra norma: a norma fundamental. O sistema está sustentado por esse circuito lógico de validade de uma norma a outra até alcançar-se a norma fundamental.

Para os fins do presente estudo, é relevante a verificação da ciência do direito como uma teoria da norma. Em que pese a importância dos aspectos abordados nos demais modelos supra, a verificação abaixo estará restrita ao aspecto da denominada dogmática analítica (sistematização de regras), ou da ciência do direito como a teoria da norma.

Determinar o conceito das normas jurídicas é uma tarefa complexa (mais do que estabelecer os conceitos dos atos jurídicos e dos atos jurídicos administrativos). Para essa tarefa, será necessária a verificação do posicionamento de dois juristas fundamentais para a compreensão e análise dos aspectos referentes à validade, à vigência e à eficácia, do que se ocuparão os próximos itens.

---

<sup>253</sup> KELSEN, 1998, p. 33.

## 4.1 AS NORMAS JURÍDICAS POR HANS KELSEN

É fundamental a verificação do conceito de normas, antes de avançar para as questões mais complexas do pensamento do autor.

### 4.1.1 Noções conceituais

Para Kelsen, as normas jurídicas estão relacionadas com a distinção entre os preceitos de ser e dever-ser. As normas jurídicas estão no campo do dever-ser. Em que pese resultantes de um ato de vontade, as normas jurídicas são preceitos distintos da vontade que lhes tenha dado origem. Como afirma Fábio Ulhoa Coelho, “as proposições jurídicas descrevem as normas por enunciados deônticos, isto é, afirmações de que alguma conduta deve ser”<sup>254</sup>.

O jurista<sup>255</sup> afirma que o operador do direito somente tem acesso aos acontecimentos da vida humana de forma mediata, ou seja, somente por meio do viés da norma jurídica. No comportamento humano, podem ser verificados dois sentidos: o sentido objetivo e o sentido subjetivo. A norma é capaz de dar objetividade ao comportamento humano. Entretanto, a própria norma pode fundamentar a sua própria objetividade em outra norma até alcançar a norma fundamental. Cabe ao jurista localizar dentro do próprio ordenamento jurídico qual norma é capaz de dar o sentido objetivo para a conduta humana.

Para o autor<sup>256</sup>, há distinção entre norma e proposição jurídica, entendendo que a primeira é uma prescrição jurídica, enquanto que a segunda é um enunciado jurídico. Assim, não se pode confundir a norma jurídica com o enunciado, já que a primeira comporta uma ordem ou um imperativo, enquanto o segundo está relacionado com “um ato de pensamento”.

---

<sup>254</sup> COELHO, 2001, p. 22.

<sup>255</sup> KELSEN, 1998, p. 8.

<sup>256</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral das normas: (Allgemeine theorie der normen)**. Tradução e revisão José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 34.

Como afirma Fábio Ulhoa Coelho<sup>257</sup>, a prescrição é decorrente de ato de vontade de uma autoridade que edita a norma, já a proposição jurídica é decorrente da interpretação das normas jurídicas, ou seja, são as posições explanadas pela doutrina. Por isso, as proposições (como atos de interpretação) podem ser verdadeiras ou falsas; ao passo que as prescrições (como atos imperativos) podem ser válidas ou inválidas.

De acordo com a teoria pura do direito, as normas jurídicas não têm conteúdo valorativo, ou seja, não estão associadas à noção de justo ou de injusto. A norma, ao regular o comportamento humano, pode assumir uma das duas naturezas: ou determinam um comando (prescrição) ou permitem a prática de conduta. Em qualquer hipótese, o Estado poderá aplicar uma sanção em caso de a conduta estar ou não de acordo com a norma. Como afirma Geovany Cardoso Jevaux<sup>258</sup>, a sanção “compreende prêmio e castigo como ‘motivo da conduta socialmente desejada’”. A conduta que esteja de acordo com a norma é uma conduta boa e a conduta em desacordo com a norma é uma conduta má (essas qualidades das condutas não conferem conteúdo valorativo às normas).

Pois bem, as normas jurídicas possuem um comando traduzido em uma ligação entre uma descrição de um comportamento e de uma sanção, como ocorre nas leis proibitivas penais<sup>259</sup>. Mas Kelsen não se furtou a enfrentar a circunstância de que há normas que não proíbem, como afirma Fábio Ulhoa Coelho<sup>260</sup>:

- a) “normas que não proíbem, mas obrigam determinados atos ou omissões”; há sanção, já que obrigam determinada conduta ou determinada omissão;
- b) “normas estatuidoras de permissão”; se alguém tem a permissão para uma conduta, outrem tem o dever de supor essa conduta, então de alguma forma há a sanção no comando normativo;

---

<sup>257</sup> COELHO, 2001, p. 7-8.

<sup>258</sup> JEVEAUX, 2004, p. 167.

<sup>259</sup> As leis penais comportam preceitos proibitivos, permissivos e interpretativos. Observe-se que até mesmos nas normas penais, há normas que não possuem caráter de proibição, ou seja, não há uma sanção (castigo) explicitamente prevista, ao contrário, podem ser normas voltadas para uma permissão (tratam de condutas que podem ser praticadas pelas pessoas) ou interpretativas (visam a esclarecer determinados conceitos).

<sup>260</sup> COELHO, 2001, p. 23-26.

- c) “normas que especificamente nem obrigam e nem proíbem, mas se limitam a estabelecer definições”; necessariamente essas normas estão ligadas a outras normas que comportam a existência de preceito sancionatório.

A norma jurídica encontra o seu fundamento de validade na norma fundamental, que é responsável também pela noção de sistema jurídico. O último consiste no conjunto de normas jurídicas que extraem o seu fundamento de validade de uma mesma norma fundamental, formando um sistema lógico. Como afirma Hans Kelsen<sup>261</sup> trata-se de uma “ordem normativa”.

A norma fundamental não pode ser confundida com a noção de constituição. Na verdade, a norma fundamental é a constituição em sentido lógico-jurídico, enquanto que a constituição do Estado é a constituição no sentido jurídico-positivo. A norma fundamental é uma norma pressuposta, sem ser uma norma posta, ou seja, ela não é positivada, ela “é o ponto de partida de um processo: do processo de criação do Direito positivo”, como afirma Kelsen<sup>262</sup>. O autor ressalta que a “norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica”.

#### 4.1.2 A validade

A identificação de quais são os planos de verificação de ingresso das normas jurídicas no mundo jurídico é questão controvertida doutrinariamente, sendo que alguns autores destacam três planos de valoração, enquanto outros destacam dois planos e sem coincidência entre eles.

Norberto Bobbio<sup>263</sup> afirma que as normas jurídicas devem ser verificadas tomando-se por base a análise em três aspectos distintos: a) a justiça; b) a validade e c) a eficácia. Afirma o autor que os três planos são independentes entre si, não se

---

<sup>261</sup> KELSEN, 1998, p. 217.

<sup>262</sup> KELSEN, 1998, p. 222.

<sup>263</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2ed. rev. Bauru: Edições Profissionais Ltda, 2003, 48 p.

confundindo um com o outro, havendo independência (como verificação de elementos específicos em cada um) entre os três planos. A justiça das normas jurídicas é um plano específico de verificação reconhecido por vários doutrinadores. Entretanto, é importante salientar que a indagação sobre a justiça ou a injustiça de uma norma jurídica está restrita ao campo de investigação zetética (a justiça é objeto de estudo da filosofia do direito). A teoria da justiça está voltada para a verificação do atendimento ou não pelas normas jurídicas de valores superiores que são protegidos pelo direito.

Por outro lado, Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>264</sup> reconhece a necessidade de verificação das normas jurídicas nos planos distintos e independentes: a) da validade; b) da vigência; c) da eficácia e d) do vigor.

Já Hans Kelsen entende a necessidade de verificação das normas jurídicas no plano da validade, da vigência e da eficácia, não tratando nem da justiça (o que não é jurídico) e nem do vigor (ligado à vigência).

Como visto até aqui, o termo validade é, em geral, utilizado como atributo de conformidade do ato jurídico com o ordenamento jurídico. Em relação às normas, é preciso identificar qual a acepção do termo validade, ou seja, qual o conceito de validade das normas jurídicas: o que é uma norma válida?

Na verdade, o próprio conceito de validade é muito fluido, podendo ser empregado em vários contextos distintos, o que exige requisitos específicos para o fim pretendido.

A análise do tema é muito complexa, em razão da inexistência de disciplina legal satisfatória e de grandes divergências doutrinárias. Confirmando a dificuldade de abordagem, Weida Zancaner<sup>265</sup> afirma, ao se referir ao estudo do ingresso das normas no mundo jurídico que: “a questão da validade (...) é uma das mais difíceis e controvertidas da Teoria Geral do Direito”.

---

<sup>264</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 199.

<sup>265</sup> ZANCANER, 2001, p. 36.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>266</sup>, ao analisar a validade, verifica que a nulidade ora pode ser uma sanção e ora não possui essa natureza jurídica: “a **nulidade**, salvo casos excepcionais, **não é sanção**, embora seja uma consequência jurídica” (o original não contém grifo). O autor adere a um conceito dogmático para a validade, nos mesmos termos propostos por Kelsen, como um misto de competência e procedimento.

Na visão de Kelsen, as normas jurídicas encontram seu fundamento de validade em outra norma de hierarquia superior, e essa norma em outra norma, até chegar-se à norma fundamental.

A validade, para o autor, está relacionada à competência (decorrente de ato de vontade) e à adequação da norma com os preceitos estabelecidos pelas normas que vigem no sistema jurídico em que esteja inserida, ou seja, a ordem jurídica vigente e hierarquicamente superior estabelece quais são os requisitos de validade das normas jurídicas inferiores. Isto é, a norma vale porque “está ligada a normas superiores por laços de validade, numa série finita que culmina com a norma fundamental”<sup>267</sup>, como afirma Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

Até mesmo a Constituição, que se encontra no ápice da hierarquia das normas, está submetida à norma fundamental, que não é uma norma posta, mas pressuposta, ou seja, ela independe de um ato de vontade da autoridade competente, é uma norma hipotética, como afirma Fábio Ulhoa Coelho: “a norma fundamental, portanto, não é positiva, mas hipotética e prescreve a obediência aos editores da primeira constituição histórica”<sup>268</sup>.

Mas não bastam os requisitos acima: competência e procedimento. A validade, para Hans Kelsen, tem como pressuposto necessário um mínimo de eficácia, pois a

---

<sup>266</sup> Como já demonstrado acima, o autor entende que a sanção não é um elemento necessário das normas jurídicas, ou seja, as normas jurídicas poderão ou não conter uma sanção: “há normas, certamente, que prevêm sanção, podendo-se, nesse caso, falar em imperativos respaldados em ameaças. Contudo, nem todo imperativo é respaldado em ameaças”. (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 117-118, 193 e 199).

<sup>267</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Por que ler Kelsen, hoje. In: COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001, p. XVII.

<sup>268</sup> COELHO, 2001, p. 12.

norma jurídica que não apresenta um mínimo de eficácia não pode ser entendida como válida, como leciona Fábio Ulhoa Coelho<sup>269</sup>.

Pairando superior sobre todo o ordenamento jurídico, está a norma fundamental. Todas as demais normas que compõem o ordenamento jurídico encontram seu “fundamento último de validade” na norma fundamental, como afirma Weida Zancaner<sup>270</sup>, citando Kelsen. Observe-se que a norma fundamental está “situada fora do sistema jurídico positivo”.

Todas as normas jurídicas devem retirar o seu fundamento jurídico da norma fundamental, que é uma norma neutra, não estando impregnada por valores da moral, da ética ou da justiça. Ou seja, a norma fundamental não tem conteúdo, ela serve como um mecanismo de aferição da validade das normas jurídicas. Como afirma Geovany Cardoso Jeveaux<sup>271</sup>, a norma fundamental é o resultado de “um imperativo, e não de um ato de vontade do constituinte, como se passa com a constituição”. A norma fundamental é norma pressuposta, ela é norma hipotética.

A norma fundamental, como não tem conteúdo, não possui em si as noções de justo ou injusto. Trata-se de uma retórica dogmática tendente a conferir força obrigatória às normas jurídicas positivas, a partir da primeira constituição histórica.

Vale registrar que a regressão à norma fundamental pressuposta como requisito de validade das normas jurídicas não necessariamente coincide com o alicerce de validade até a primeira Constituição, já que Hans Kelsen<sup>272</sup> admite que uma nova ordem jurídica pode ser estabelecida por uma revolução ou por um golpe. O estabelecimento dessa nova ordem deve ser reconhecido pela comunidade internacional, ou seja, o novo governo deve ser capaz de demonstrar que possui domínio sobre a população, confirmando a vitória revolucionária ou golpista. Ou seja, é necessária a efetividade da nova ordem. O princípio da efetividade (reconhecimento internacional e domínio interno) consiste na mitigação do princípio da legitimidade (a norma somente pode ser criada pela autoridade competente e

---

<sup>269</sup> COELHO, 2001, p. 29.

<sup>270</sup> ZANCANER, 2001, p. 37.

<sup>271</sup> JEVEAUX, 2004, p. 164.

<sup>272</sup> KELSEN, 1998, p. 234.

será vigente pelo tempo estabelecido de sua duração ou até que seja substituída por outra).

Pode-se resumir o entendimento da validade das normas jurídicas para Hans Kelsen com o preenchimento de três requisitos, como afirma Fábio Ulhoa Coelho<sup>273</sup>: “a) competência da autoridade que a editou, derivada da norma hipotética fundamental; b) mínimo de eficácia, sendo irrelevante a sua inobservância episódica ou temporária; c) eficácia global da ordem de que é componente.”

#### **4.1.3 A vigência**

A validade somente tem pertinência se verificada dentro de uma delimitação de espaço e de tempo. Nessa noção é que se enquadra a vigência, ou seja, ela é um parâmetro de verificação da lei em determinado lugar e em determinada época.

Hans Kelsen condiciona a validade das normas jurídicas a um mínimo de eficácia. Geovany Cardoso Jevaux<sup>274</sup> identifica um problema de tradução da Teoria Pura do Direito, pela Editora Martins Fontes, que indica a validade e a vigência como expressões sinônimas. Na verdade, há distinção entre os dois planos, nos seguintes termos: 1) a validade é um “misto de competência e procedimento para a edição das normas” e 2) a vigência é a entrada em vigor da norma, o que ocorre após a prática da publicação, que é o “ato conclusivo do procedimento de edição” da norma. Somente com a publicação da norma é que ocorre a sua “positivação”.

Entre os conceitos de validade e de eficácia está a noção de vigência, que Fábio Ulhoa Coelho<sup>275</sup> entende que estão relacionados entre si, mas não se confundem (“é incorreto postular a validade como sinônimo de eficácia”). A perda total da eficácia determina a perda da validade das normas jurídicas.

---

<sup>273</sup> COELHO, 2001, p. 33.

<sup>274</sup> JEVEAUX, 2004, p. 166.

<sup>275</sup> COELHO, 2001, p. 30.

A norma terá vigência a partir da data prevista em seu texto, mas em termo posterior à sua publicação, já que a norma não pode ter vigência retroativa, como regra geral. A lei penal poderá retroagir para beneficiar o réu, nos termos do artigo 2º do Código Penal (*abolitio criminis* e *novatio legis in melius*). Caso não haja a previsão no texto legal, a norma começa a vigor 45 (quarenta e cinco) dias depois de sua publicação, nos termos do artigo 1º., da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>276</sup>.

#### 4.1.4 A eficácia

Na doutrina, a expressão eficácia é utilizada com significação diversa, referindo-se indiscriminadamente a realidades jurídicas distintas<sup>277</sup>, o que certamente dificulta a sistematização do tema.

Como já visto anteriormente, Hans Kelsen entende que a eficácia é uma condição da validade, ou seja, uma norma jurídica somente é válida se for minimamente eficaz, seja no “plano da norma individualmente considerada”, seja no “plano global da ordem positiva”, como afirma Fábio Ulhoa Coelho: “a eficácia se revela condição de validade em ambos os níveis. Qualquer norma totalmente ineficaz é inválida”<sup>278</sup>. Nesse sentido, claramente se manifesta Kelsen<sup>279</sup>:

Fundamento da validade, isto é, a resposta à questão de saber porque devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas, é a norma fundamental pressuposta (...). A eficácia é-o no sentido de que deve acrescer

---

<sup>276</sup> Há entendimento doutrinário, no sentido de que esse dispositivo da Lei de Introdução ao Código Civil teria sido revogado pelo artigo 8º. da Lei Complementar 95/98, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis: “Artigo 8º. A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula entra em vigor na data de sua publicação para as leis de pequena repercussão”. Ou seja, a menção a contemplar prazo razoável teria revogado a possibilidade de *vacatio legis* tácita prevista na LICC. Entretanto, esse argumento não pode se sustentar na medida em que é plenamente compatível com o estabelecimento do prazo de 45 dias previsto na LICC, até porque a própria LC 95/98, em seu artigo 9º. prevê que “a cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas”, e em relação ao artigo 1º. da LICC, a LC 95 não estabeleceu expressamente a sua revogação.

<sup>277</sup> Ora é utilizada para designar o ato jurídico que é capaz de produção de efeitos previstos no ordenamento jurídico; ora está relacionada à qualificação da norma que produz efeitos; em outros momentos, serve para designar as normas que têm os seus efeitos previstos aplicados pelo Judiciário em caso de descumprimento.

<sup>278</sup> COELHO, 2001, p. 30.

<sup>279</sup> KELSEN, 1998, p. 236.

ao ato de fixação para que a ordem jurídica como um todo, e bem assim a norma jurídica singular, não percam a validade.

Sendo que toda norma jurídica tem uma certa dose de eficácia, desde que obedeça à norma fundamental, mesmo que não esteja sendo aplicada “em determinados casos isolados ou mesmo durante algum tempo”, como afirma Fábio Ulhoa Coelho<sup>280</sup>, “a ineficácia episódica ou temporária não compromete a vigência de uma norma jurídica em particular”. O mesmo entendimento é aplicado em relação ao ordenamento jurídico como um todo, já que “a ordem jurídica não perde validade em razão de uma ou mais normas ineficazes”; somente haverá a perda da ordem jurídica caso ocorra “a perda da eficácia global da ordem jurídica do estado e a correspondente eficácia, em termos globais, da ordem inaugurada”.

Entretanto, como salienta Weida Zancaner<sup>281</sup>, Kelsen reconhecia a possibilidade de perda da validade da norma em decorrência do seu desuso ou do *desuetudo*<sup>282</sup>. A autora identifica o desuso como o costume, que terá essa “função negativa” de perda da validade da norma.

A norma jurídica é eficaz quando os fatos sociais que a ela possam ser subsumidos são capazes de fazer nascer as relações jurídicas por ela previstas<sup>283</sup>. Nesse ponto, vale lembrar, como já dito anteriormente, que, para Hans Kelsen, a eficácia é um requisito da validade, ou seja, uma norma somente será válida caso seja minimamente eficaz.

---

<sup>280</sup> COELHO, 2001, p. 30-32.

<sup>281</sup> ZANCANER, 2001, p. 42.

<sup>282</sup> Kelsen esclarece qual a noção da *desuetudo*, que pode ser entendida como um costume negativo: “a *desuetudo* é como um costume negativo cuja função essencial consiste em anular a validade de uma norma existente. Se o costume é em geral um fato gerador de Direito, então também o Direito estatuído (legislado) pode ser derogado através do costume. Se a eficácia (...) é condição da validade não só da ordem jurídica como um todo mas também das normas jurídicas em singular, então a função criadora de Direito do costume não pode ser excluída pela legislação, pelo menos na medida em que se considere a função negativa da *desuetudo*.” (KELSEN, 1998, p. 8.)

<sup>283</sup> Não se confunde com a vigência pois normas vigentes podem não estar aptas a fazer produzir os efeitos jurídicos nela previstos. Nessa situação, encontram-se as normas que estejam sob a vigência do período de *vacatio legis*.

#### 4.1.5 Formas de saída das normas jurídicas do ordenamento jurídico

Regina Maria Macedo Nery Ferrari<sup>284</sup> afirma que as normas jurídicas deixam de existir no mundo jurídico pelas seguintes razões: a) revogação por outra norma; b) período de vigência pré-determinado; c) previsão no ordenamento jurídico de anulação por vício por meio de processos específicos; d) submissão a termo casual ou fortuito.

Vários são os critérios estabelecidos pela doutrina para a verificação dessa questão. Evitando confusões terminológicas e possíveis imprecisões científicas, será verificada nesse item a abordagem de Hans Kelsen e, em capítulo próprio, a posição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior sobre o tema em questão.

##### 4.1.5.1 Dinâmica da ordem jurídica

Hans Kelsen<sup>285</sup> distingue o princípio estático do princípio dinâmico. A dinâmica da ordem jurídica está relacionada com o processo criativo das normas jurídicas. O autor fala que o “tipo dinâmico” é “regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre a norma fundamental”. Por outro lado, a estática da ordem jurídica, como afirma Geovany Cardoso Jeveaux<sup>286</sup>, está relacionada à “recondução das normas ao seu imediato fundamento de validade”, ou seja, é feita a verificação da validade das normas, da unidade lógica da ordem jurídica e do fundamento último do direito.

A possibilidade de inexistência da norma jurídica não é reconhecida por Kelsen, já que se a norma jurídica nunca existiu, nunca foi norma jurídica. Para ele, a inexistência é uma expressão contraditória no seu entender, sendo que os conceitos de invalidade e de inexistência se equivalem. Explicando a posição de Kelsen,

---

<sup>284</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 70.

<sup>285</sup> KELSEN, 1998, p. 219.

<sup>286</sup> JEVEAUX, 2004, p. 165.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>287</sup> afirma que: “se nunca existiu, nunca foi válida; se nunca foi válida, não há que falar de norma (invalidez = inexistência de norma).”

Em decorrência disso, Kelsen<sup>288</sup> não reconhece a possibilidade de nulidade *a priori* das normas jurídicas, como um conceito distinto da anulabilidade. A nulidade é somente o grau máximo da anulabilidade, ou seja, a nulidade é o reconhecimento da anulabilidade com efeitos retroativos. Ambas (anulabilidade e nulidade, entendida como uma espécie de anulabilidade) serão resultantes do reconhecimento constitutivo de invalidade da norma jurídica. Ou seja, não existem invalidades auto-evidentes num sistema normativo cujos critérios de validade são a competência e o procedimento, porque somente outra autoridade, diferente daquela que criou a norma, terá a competência para dizer sobre a sua validade, por meio de um procedimento igualmente distinto.

É claro que o autor reconhece que, como regra, uma norma jurídica é “anulada com efeitos para o futuro”, permanecendo incólumes os efeitos produzidos até o reconhecimento da anulabilidade, “mas também pode ser anulada com efeito retroativo”, afastando os efeitos que tenha até então produzido, desde que a autoridade que a gerou seja manifestamente incompetente ou o procedimento tenha sido manifestamente violado. Essa posição se justifica como decorrência da teoria pura do direito, na medida em que, se uma norma jurídica ingressou no mundo jurídico, não pode depois ser considerada como não jurídica, já que, se é não jurídica sequer ingressou na ordem jurídica. O autor afirma que o “Direito é como o rei Midas”: “...da mesma forma que tudo o que este tocava se transformava em outro, assim também tudo aquilo que o Direito se refere assume o caráter de jurídico. Dentro da ordem jurídica, a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade”.

Como a eficácia mínima é condição de validade das normas jurídicas individuais e da ordem jurídica globalmente considerada, a perda de eficácia também é fator determinante para a invalidade das normas jurídicas (e do próprio ordenamento

---

<sup>287</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 212.

<sup>288</sup> KELSEN, 1998, p. 306-308.

jurídico). Kelsen<sup>289</sup> reconhece a possibilidade da perda de eficácia em razão da *desuetudo* (que consiste em um costume negativo).

## 4.2 AS NORMAS JURÍDICAS POR TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR

Vistas as noções de Kelsen, é relevante verificar a posição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior sobre os aspectos referentes às normas jurídicas.

### 4.2.1 Noções conceituais de norma jurídica por Tércio Sampaio Ferraz Júnior

O autor, concordando com o pensamento de Hans Kelsen, entende que a norma jurídica é o caminho que possibilita o acesso do operador do direito aos acontecimentos da vida humana. Esses acontecimentos, por sua vez, manifestam-se ora com significado subjetivo, ora objetivo. Somente as normas são capazes de trazer um significado geral objetivo para os comportamentos humanos. Como afirma Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>290</sup>, as condutas somente terão “significado objetivo geral” por meio das normas jurídicas; elas são “o objetivo e o princípio delimitador das ocupações teóricas do jurista”.

Essa necessidade de organização social exige regras que regulem a convivência entre os homens, a fim de evitar a incerteza. Sem a obediência coletiva às normas, não há como se garantir o exercício dos direitos dos indivíduos. Daí, surgem as normas jurídicas exatamente com o fundamento de garantir a estabilidade. Posiciona-se Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>291</sup> no sentido de entender que a norma jurídica é o “critério fundamental de análise” do fenômeno jurídico como um dever-ser da conduta.

---

<sup>289</sup> KELSEN, 1998, p. 237.

<sup>290</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 97.

<sup>291</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 100.

Para Tércio, a norma, vista pelo jurista, pode ser entendida como: a) uma proposição de dever-ser; b) uma prescrição ou c) um fenômeno complexo. No primeiro caso, a norma é tida como uma proposição que resulta da vontade, mas é dela independente, podendo ser identificada como um imperativo condicional, já que prevê a hipótese de sanção pelo descumprimento de seus preceitos. Entendida como uma prescrição, a norma é a vontade institucionalizada capaz de comandar. E finalmente, no último caso, a norma é uma forma de comunicação. A partir daqui o autor<sup>292</sup> se aparta de Kelsen.

O estabelecimento das normas nos níveis acima especificados não afasta as características do item anterior, ou seja, a norma vista como um fenômeno complexo de comunicação abrange a idéia de que a norma é uma manifestação de vontade institucionalizada que é capaz de comunicar mensagens. Assim, diante de sua maior abrangência, as normas que merecem relevo são as entendidas como um fenômeno complexo.

As normas como fenômeno complexo (comunicação humana) estão voltadas para a comunicação humana situada no nível do cometimento<sup>293</sup>, que consiste no comportamento humano situado além do simples relato<sup>294</sup>. O comportamento é qualificado pelos seguintes aspectos: a) a complexidade (diversidade de expectativas maior do que as “possibilidades atualizáveis”; b) contingência (possibilidade de desilusões em relação às expectativas) e c) seletividade.

O aspecto da seletividade do comportamento é o mais relevante para a caracterização das normas, principalmente, das normas jurídicas. Para a garantia de uma estabilidade é necessária a construção de uma estrutura, que decorre exatamente da seletividade. Trata-se de uma estrutura social, que possui dois elementos: expectativas cognitivas e expectativas normativas, “de modo a conferir durabilidade às relações sociais dinamicamente em transformação”, como afirma

---

<sup>292</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 99 a 104.

<sup>293</sup> Cometimento é uma mensagem que emana do emitente, pela prática de determinado comportamento humano ativo, ou seja, é a mensagem que resulta do emitente, “em geral, é transmitido de forma não verbal”.

<sup>294</sup> Relato é uma mensagem que a pessoa transmite. Por exemplo, determinar verbalmente uma ordem a outrem. É transmitido de forma verbal.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>295</sup>. Assim, o autor entende que as normas são o mecanismo capaz de garantir essa estabilidade das estruturas sociais, porque a norma jurídica é a que “prescreve a normalidade do comportamento”, enquanto as normas das leis científicas “descrevem a normalidade”. As normas jurídicas têm a sua expectativa de duração estabilizada mesmo contra os fatos, isto é, independentemente do seu cumprimento ou descumprimento elas possuem uma estabilidade de “modo contrafático”.

Pois bem, enquanto a causalidade é característica do comportamento, o saber jurídico não se adapta às condutas. A norma é norma jurídica quando, dentre outros aspectos, estabelece preceitos com enfoque predominantemente imputativo.

As estruturas sociais comportam normas de várias ordens e origens (religiosas, morais e outras). É preciso identificar quais são as normas jurídicas dentro desse universo normativo. O autor propõe alguns critérios de identificação:

- a) Força imputativa das normas: já vista acima.
- b) Aptidão para a produção de estabilidade contrafática: já vista acima.
- c) Institucionalização nas estruturas sociais: todas as normas são caracterizadas pela existência de autoridade do emissor da norma em relação ao receptor. Mesmo quando a norma é desobedecida, ou seja, quando é rejeitada, há o reconhecimento da autoridade, que somente ficará afastada diante da desconfirmação, que ocorre quando a autoridade for ignorada. Entretanto, mesmo que haja a desconfirmação, pode a autoridade estar institucionalizada, quando haja o reconhecimento por terceiros, caso em que a autoridade estará institucionalizada. É exatamente essa a característica que separa a norma jurídica das demais, ou seja, a sua institucionalização nas estruturas sociais. Com a institucionalização presume-se “o consenso social”.

---

<sup>295</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 103.

Note-se que a força é parte de todas as normas, mas, até mesmo por isso, não é característica específica e distintiva das normas jurídicas.

Todavia, o autor não entende suficientes as noções acima para a identificação das normas jurídicas. É preciso considerar, ainda, a necessidade de identificação de: a) núcleos significativos: garantem uma certa unidade aos sistemas sociais; são instrumentos de estabilização social; b) papéis sociais: são núcleos significativos mais abrangentes; c) valores e d) ideologias. Com base nesses aspectos, o autor<sup>296</sup> identifica o conteúdo das normas jurídicas como os “núcleos significativos” que são “generalizados socialmente”, como exemplo, a proteção dos direitos fundamentais “na cultura ocidental de base cristã”.

Todavia, o autor<sup>297</sup> não se contenta com o conceito acima e formula um conceito dogmático para as normas jurídicas, sem, contudo, dissociá-las das idéias de: imperativo, comando e comunicação. Nos seguintes termos, apresenta o conceito dogmático:

Em conclusão, podemos dizer que a dogmática analítica capta a norma jurídica como um imperativo despsicologizado. Para evitar confusões com a idéia de comando, melhor seria falar em um direito vinculante, coercitivo, no sentido de institucionalizado, bilateral, que estatui uma hipótese normativa (*facti species*) à qual imputa uma consequência jurídica (que pode ser ou não uma sanção), e que funciona como um critério para a tomada de decisão (decidibilidade).

Graças ao reconhecimento da diversidade de normas jurídicas, Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>298</sup> afasta o argumento de que a sanção é elemento das normas jurídicas, pois é evidente que existem normas que não prevêm o estabelecimento de sanção, e nem por isso deixam de ser normas jurídicas. O afastamento da idéia de sanção como elemento identificador das normas jurídicas permite o reconhecimento de normas jurídicas não sancionadoras. Nesse ponto, o autor se distancia da doutrina de Kelsen.

---

<sup>296</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 112.

<sup>297</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 120.

<sup>298</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 119-120.

Finalmente, para concluir a conceituação das normas jurídicas, o autor verifica a discussão sobre dois aspectos: caráter abstrato e bilateralidade. A abstração é característica das leis, mas não das normas jurídicas, que podem se apresentar de forma concreta, como, por exemplo, norma jurídica que revoga expressamente outra norma. Por outro lado, a bilateralidade é entendida como elemento da norma jurídica, quando verificada com um “sentido de alteridade”, ou seja, a norma será bilateral quando demarcar “as posições socialmente relevantes dos sujeitos”.

#### 4.2.2 A validade

Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>299</sup> entende que a questão da validade das normas jurídicas, em um plano geral da doutrina, é enfrentada sob dois enfoques: a) as normas formalmente válidas (“observância das normas de competência”) e b) as normas materialmente válidas<sup>300</sup>, sem se reportar à idéia de justiça para a verificação da validade material.

Por outro lado, alguns autores colocam a questão da validade das normas como questão semelhante à validade dos atos e dos negócios jurídicos, nesse sentido afirma Marcos Bernardes de Mello<sup>301</sup>. Entretanto, mais adiante o mesmo autor ressalva as diferenças no campo da validade das leis e dos atos normativos, situando a questão no plano exclusivamente da hierarquia, não importando em qual plano se verifica o vício, seja plano formal ou material.

Observem-se as diferenças de natureza jurídica entre os planos da existência, da validade e da eficácia dos atos jurídicos em geral e dos planos da validade, vigência e eficácia das normas jurídicas:

- 1) nos atos jurídicos, os planos são antecedentes; nas normas jurídicas, os planos não são necessariamente antecedentes entre si;

---

<sup>299</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 194.

<sup>300</sup> O conceito de validade material é defendido por alguns doutrinadores como um conceito que envolve não só os aspectos formais, mas também os aspectos relacionados à justiça.

<sup>301</sup> MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p 2 e 44.

2) nos atos jurídicos, os planos da existência e da validade são distintos; nas normas jurídicas, os planos da existência e da validade são idênticos;

Como conclusão, podem ser verificadas duas características da noção de validade das normas jurídicas: 1) trata-se de uma verificação lógico-formal, uma vez que voltada para a verificação de pertinência em relação ao ordenamento jurídico e 2) é um critério relacional, já que a norma tem a sua validade verificada pela sua comparação com outras normas jurídicas.

### 4.2.3 A vigência

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>302</sup>, as noções de vigência e de eficácia não se confundem, afirmando que: "uma norma válida pode já ser vigente e, no entanto, não ter eficácia. Vigência e eficácia são qualidades distintas. A primeira refere-se ao tempo de validade e a segunda, à produção de efeitos". São exemplos de validade e vigência sem eficácia: 1) lei em período de *vacatio legis* e 2) a superveniente "lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário", como preceitua o § 4º., artigo 24, CF.

A validade e a vigência também são conceitos distintos que não podem ser confundidos, uma vez que a primeira está relacionada à pertinência da norma com o sistema jurídico em que se encontra; por outro lado, a segunda indica o local e o período de tempo nos quais a norma é válida. Sobre essa independência entre os planos de verificação da norma jurídica, posiciona-se Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>303</sup> no sentido de que "uma norma pode ser válida sem ser vigente, embora a norma vigente seja sempre válida".

A vigência equivale ao período compreendido entre o nascimento da norma "até quando deixa de existir no mundo jurídico", como afirma Regina Maria Macedo Nery

---

<sup>302</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 194.

<sup>303</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 194.

Ferrari<sup>304</sup>. Conceituando vigência, Tércio Sampaio Ferraz<sup>305</sup> manifesta-se no mesmo sentido, afirmando que a norma deixa de ter força vinculante quando: 1) é revogada; 2) “se esgota prazo prescrito para a sua duração”. Nesse ponto, mais uma vez o autor está em desacordo com Hans Kelsen, que ainda acrescenta a possibilidade de perda de validade da norma (mesmo vigente), pelo desuso (*desuetudo*).

#### 4.2.4 A eficácia

Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>306</sup> identifica a eficácia das normas jurídicas como a qualidade que garante a produção de efeitos (“produção concreta”), podendo ser expressa de duas formas: eficácia social (preenchimento de requisitos de natureza fática) ou eficácia técnica (presença de requisitos técnicos).

##### 4.2.4.1 A eficácia social ou efetividade

Nesse ponto, o autor levanta a discussão sobre a possibilidade de perda de eficácia das normas jurídicas implicar a perda da validade, como é defendido por Hans Kelsen (tema abordado em item específico). Entretanto, Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>307</sup> afirma que a ausência de eficácia social não é condição suficiente para afastar a validade das normas jurídicas: “cremos, destarte, que a ineficácia de uma norma, a ausência de um mínimo de efetividade, não afeta a sua validade, pois a norma editada entrou no ordenamento, ainda que nunca tivesse produzido efeitos.”

O autor afasta a alegação de que o desuso da norma jurídica possa significar perda de eficácia da norma, já que a desobediência, enquanto critério isolado, não é capaz de determinar tal efeito de perda de eficácia. O autor<sup>308</sup> afirma que mesmo em determinadas situações nas quais a norma não é cumprida, é necessário que seja mantida a sua eficácia, como garantia de “satisfação ideológica”. Como exemplo de

---

<sup>304</sup> FERRARI, 2004, p. 70.

<sup>305</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 199.

<sup>306</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 199.

<sup>307</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 195.

<sup>308</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 196.

norma com essa natureza, o autor cita a norma que fixa o salário mínimo, que deve atender ao preceito constitucional que estabelece que o salário-mínimo seja em valor suficiente “para atender às necessidades vitais do trabalhador e de sua família como moradia, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”, nos termos do artigo 37, IV, Constituição Federal de 1988. Em que pese a norma constitucional em questão não ser obedecida, ela não perde sua eficácia social, na medida em que é fato social que o salário mínimo não é capaz de garantir tudo o que a lei exige, a eficácia reside na necessidade de permanência de norma com esse teor ideológico simbólico.

Ou seja, Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>309</sup> entende que a obediência à norma jurídica é uma consequência da efetividade, mas não quer dizer a efetividade em si: “a obediência é apenas uma consequência da efetividade e não a própria efetividade.”

#### 4.2.4.2 A eficácia técnica

A eficácia em sentido técnico, por sua vez, pode ser classificada de acordo com determinadas funções das normas jurídicas. De acordo com o critério de funções, a eficácia poderá ser verificada em graus distintos. Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>310</sup> destaca as seguintes “funções eficaciais” das normas jurídicas:

- a) a função de bloqueio – que é exercida pelas normas jurídicas punitivas ou proibitivas.
- b) a função de programa – que é verificada nas normas jurídicas que visam à realização de um objetivo do legislador, ou seja, são normas que visam a um “*telos* programático”.
- c) a função de resguardo – que é cumprida pelas normas jurídicas que visam a assegurar uma conduta desejada, ou seja, “visam à realização de um comportamento”.

---

<sup>309</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma jurídica**. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 114.

<sup>310</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 196-198.

#### 4.2.4.2.1 Classificação das normas jurídicas em razão da concretização eficaz

Em decorrência da classificação de suas funções, as normas jurídicas, quanto à necessidade de outra norma para obtenção da concretização eficaz de sua função primária, podem ser classificadas como:

- a) Normas jurídicas de eficácia plena: são as normas que possuem uma eficácia imediata, sem a necessidade de outra norma jurídica que lhe garanta a eficácia.
- b) Normas jurídicas de eficácia limitada: são as normas que dependem de outra norma jurídica para a garantia de sua eficácia, ou seja, são normas jurídicas de eficácia mediata.
- c) Normas jurídicas de eficácia contida: são as normas que podem ter a sua eficácia restringida por outra norma jurídica futura, isto é, são normas jurídicas que têm eficácia imediata, mas passível de contenção.

José Afonso da Silva<sup>311</sup>, analisando a eficácia das normas jurídicas constitucionais, no mesmo sentido defende a classificação das normas jurídicas de acordo com o seu grau de eficácia, nos mesmos termos propostos acima:

Em vez, pois, de dividir as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, em dois grupos, achamos mais adequado considerá-las sob tríplice característica, discriminando-as em três categorias:

I – *normas constitucionais de eficácia plena*;

II – *normas constitucionais de eficácia contida*;

III – *normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida*.

#### 4.2.5 As mudanças do sistema jurídico e as normas jurídicas

O sistema jurídico é dinâmico, já que precisa acompanhar as constantes mudanças sociais, econômicas, políticas e outras. Graças a essa dinâmica, as leis perdem a

---

<sup>311</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. 3.tiragem. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 82.

sua validade. De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>312</sup>, existem algumas “regras operacionais que regulam” a dinâmica dos sistemas, apontando-as nos termos seguintes.

a) Perda da validade e da vigência. Revogação: uma norma perde a validade quando é revogada por outra norma e, conseqüentemente, perde também a sua vigência, mas revogar não significa a perda total da eficácia.

b) Perda da eficácia:

1) Caducidade: perda da eficácia em decorrência de um acontecimento de fato ou por termo previsto na própria norma, isto é, está relacionada com a superveniência de nova situação; possui fundamento objetivo.

2) Desuso: está relacionado com a mudança de comportamento dos destinatários da norma; possui fundamento subjetivo.

3) Costume negativo: trata-se do costume *contra legem*.

Entretanto, há questão bastante controvertida que se trata da verificação da nulidade, da anulabilidade e da inexistência das normas jurídicas. Esses assuntos não são pacíficos doutrinariamente. Estão também relacionados com a dinâmica do sistema e terão repercussão prática sobre os aspectos referentes à validade e a eficácia.

Analisando o aspecto da inexistência, Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>313</sup> afirma (em que pese a opinião contrária de Kelsen) que a dogmática jurídica demanda a verificação das normas jurídicas no plano da inexistência, já que determinadas situações práticas demonstram a necessidade de conseqüências para a inexistência e a nulidade.

---

<sup>312</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 199-202.

<sup>313</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 212.

4) Inexistência: ocorre quando a norma sequer chegou a ingressar no sistema jurídico, porque não foi emitida por fonte aceita pelo ordenamento jurídico<sup>314</sup>, isto é, o “seu centro emanador não é aceito absolutamente como fonte do direito”. Com essa afirmação, Tércio Sampaio Ferraz Júnior se aproxima da noção kelseniana de impossibilidade de norma jurídica inexistente, já que se a norma sequer ingressou no sistema jurídico, não chegou a ser norma jurídica; pode ser norma, mas não é norma jurídica.

5) Nulidade: a norma ingressa no sistema jurídico, mas não produz efeito desde o seu início, por estar eivada de um vício gravíssimo de formação.

6) Anulabilidade: determina a perda da eficácia da norma, ou seja, é atingida a capacidade de produção de efeitos das normas jurídicas, *ex nunc*.

O pensamento do autor pode ser resumido no seguinte quadro:

| Ato inexistente           | Ato nulo  | Ato anulável  |
|---------------------------|---|---|
|                           | A norma é válida  | A norma é válida  |
| A norma nunca será válida | A norma não produz efeitos desde o seu início, quando declarada a nulidade ( <i>ex tunc</i> ) | A norma produz efeitos, enquanto não seja reconhecida a anulação, que terá efeitos <i>ex nunc</i> . |

<sup>314</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 213.

## 5 NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO DE MÉRITO DE CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Como já salientado, o Estado desempenha três funções distintas: a administrativa, a legislativa e a jurisdicional. Essas funções são decorrência direta da divisão de poderes do Estado, teoria que remonta ao tempo de Aristóteles e que foi objeto de estruturação por Montesquieu. Atualmente, a divisão de poderes é princípio fundamental da República Federativa do Brasil expresso no texto Constituição Federal de 1988 (artigo 2º.)<sup>315</sup>. Note-se que o poder estatal é uno, estando a divisão mais relacionada à eficiência da prestação das atividades do Estado.

A função jurisdicional se consubstancia no exercício da jurisdição, pela qual o Estado se substitui às partes na solução dos conflitos de interesse, dando a cada um o que seja seu, aplicando concretamente o direito abstrato. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco<sup>316</sup> conceitua a jurisdição como “função do Estado destinada à solução imperativa de conflitos”, que podem ser de natureza interindividual ou supra-individual. O autor afirma que a jurisdição deve servir para atender aos escopos do sistema processual, especificamente a “atuação do direito material” no caso concreto.

A importância da atividade jurisdicional é relevantíssima, já que, em última análise, é por meio da jurisdição que se garante o cumprimento das determinações constantes em todo o ordenamento jurídico. Esse aspecto é ressaltado por José Cretella Júnior<sup>317</sup>, quando analisa o controle jurisdicional dos atos administrativos, afirmando que a “razão de ser do Poder Judiciário, em última instância, é a guarda da Constituição (...); quem guarda a Constituição guarda as leis”.

---

<sup>315</sup> Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

<sup>316</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4.ed. rev. atua. Vol. I. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 127-137 e 309.

<sup>317</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1997, p. 23.

É exatamente essa característica da jurisdição, qual seja, a de guardiã da ordem constitucional e da legalidade que é a mais importante para a definição da natureza jurídica da decisão de mérito no controle direto de constitucionalidade.

Outro aspecto que precisa ser registrado reside na capacidade que as sentenças têm de modificar e de criar relações jurídicas. As sentenças meramente declaratórias não possuem essa característica. Entretanto, as outras sentenças se qualificam pelo poder de modificação do mundo jurídico, ou seja, possuem característica semelhante aos atos jurídicos em geral. Dessa forma, estudar as sentenças, em última análise, é estudar atos jurídicos específicos, como já foi feito nesse trabalho, com os atos jurídicos de direito privado, os atos jurídicos administrativos e as normas jurídicas. José Maria Rosa Tesheiner<sup>318</sup> afirma que “estudar os efeitos da sentença não é senão estudar os efeitos de fato jurídico (...) a sentença, como os demais atos jurídicos, regula a conduta humana, prescrevendo ou permitindo”.

Antes de enfrentar o tema principal, é preciso que sejam especificados os atos jurídicos jurisdicionais, com maior atenção voltada para a decisão que analisa o mérito. Para o interesse do presente estudo, o ato jurisdicional processual que merece maior análise é a sentença ou o acórdão de mérito (equivalente à sentença, mas que é prolatado em segunda instância resultante da competência originária do primeiro grau).

A sentença, nos termos literais da lei, é conceituada como “o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”, artigo 162, § 1º., do Código de Processo Civil.

Pois bem, as sentenças que não decidem o mérito, bem como as sentenças que analisam o mérito, mas o julgam improcedente, são sempre sentenças declaratórias. Entretanto, as sentenças que julgam o mérito da ação podem ser classificadas de acordo com a natureza do provimento jurisdicional pleiteado. Assim, para responder

---

<sup>318</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. O problema da classificação da sentença por seus efeitos. **Revista da Consultoria Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 14, 1976, p. 41-80. Disponível em: <www.tex.pro.br>. Acesso em: 09 fev.2005.

sobre qual a natureza jurídica do provimento jurisdicional que reconhece a inconstitucionalidade é preciso analisar a classificação geral das sentenças.

Os autores não são unânimes na elaboração de uma única classificação das sentenças. A doutrina, buscando conhecer a natureza jurídica da ação, percebeu que somente é possível defini-la com a verificação da natureza jurídica do provimento jurisdicional, que, por sua vez, depende do tipo de interesse material manifestado nos pedidos.

Assim, quando se está tratando da classificação da ação, juntamente verifica-se a natureza jurídica do provimento jurisdicional: sentença ou acórdão. Foram elaboradas pela doutrina classificações<sup>319</sup> distintas que serão analisadas adiante: classificação ternária e classificação quinária.

Mas é importante ressaltar que a classificação das ações visa à especificação das várias formas distintas de provimento jurisdicional. No direito processual, a especificação de processos distintos decorre da necessidade de especificação em relação às diferentes formas de tutela jurisdicional. Para cada tipo de tutela é necessário um processo que lhe seja mais adequado, de forma a garantir melhor a prestação da tutela jurisdicional.

Essa preocupação, na verdade, decorre da aplicação do princípio da efetividade e do princípio da segurança jurídica. Por outro lado, a tutela jurisdicional em concreto depende de outros fatores específicos: as condições da ação, os limites do pedido formulado<sup>320</sup> e outros.

---

<sup>319</sup> Essa classificação é feita conforme afirma Pontes de Miranda: “segundo o quanto de eficácia”. Essa classificação considera que as ações e as sentenças serão classificadas de acordo com a predominância de elementos, já que inexistem sentenças ou ações que sejam totalmente puras. (PONTES DE MIRANDA. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1998, p. 131). Mas essa eficácia começa depois de terminado o processo (“pós-processual”), a eficácia é “a projeção, através do processo, da pretensão ou das pretensões (pré-processuais) à tutela jurídica. Porque foi para alcançar essa eficácia (declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva) que a pretensão ou as pretensões se exerceram.” (PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Forense, 1959, 196 p.).

<sup>320</sup> Em que pese a regra geral determinar a necessidade de pedido certo ou determinado (de acordo com a melhor interpretação sobre o artigo 286, CPC), admite-se, no ordenamento jurídico pátrio, a concessão de tutela jurisdicional mesmo sem a formulação expressa de pedido, é o que se denomina de pedido implícito. O pedido implícito pode decorrer da própria relação controvertida ou de permissão legal. No artigo 290, do CPC, está previsto uma hipótese decorrente de relação

Entretanto, em algumas hipóteses o juiz não está adstrito ao pedido formulado pelo autor, já que ao magistrado é permitida a possibilidade de adoção de ofício de medidas específicas, que conduzam ao resultado equivalente, nos termos dos artigos 461 e 461-A<sup>321</sup> do Código de Processo Civil Brasileiro.

Com essas observações preliminares é possível enfrentar a temática referente à classificação das ações, que determina a classificação dos provimentos jurisdicionais de mérito.

## 5.1 CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES

Como já afirmado, a classificação das ações é determinante para a verificação da natureza jurídica dos provimentos jurisdicionais de mérito. Sendo assim, serão verificadas as duas classificações doutrinárias: classificação ternária da ação e classificação quinária da ação.

### 5.1.1 Classificação ternária das ações

A classificação ternária da ação é uma classificação tradicional que estabelece a existência de três tipos de sentenças resultantes de três modalidades de ação: a) ações condenatórias, b) ações constitutivas (que podem ser positivas – constitutivas – ou negativas – desconstitutivas) e c) ações declaratórias.

---

controvertida que: “quando a obrigação consistir em prestações periódicas, **considerar-se-ão elas incluídas no pedido**, independentemente de declaração expressa do autor, se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação” (o original não contém grifos). O pedido implícito pode decorrer também da previsão legal, como ocorre, por exemplo, com a previsão do artigo 293, que estabelece que os pedidos serão interpretados restritivamente, “compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais”.

<sup>321</sup> Os artigos 461 e 461-A prevêm a condenação à tutela específica e a possibilidade de o juiz determinar as “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Essas providências poderão ser adotadas quando se tratar de tutela que pleiteie a entrega de coisa, o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer.

Toda sentença tem em si uma carga de declaração, mesmo que seja predominantemente condenatória ou constitutiva. Pontes de Miranda<sup>322</sup> registrou que realmente não há sentenças puras, não sendo somente condenatória ou somente constitutiva ou somente declaratória.

Moacyr Amaral Santos<sup>323</sup> também reconhece a carga declaratória em todas as sentenças ao afirmar que: “a sentença de mérito declara o direito ajustável à espécie. Toda sentença, assim, se traduz numa declaração de direito, compondo a lide”.

A principal diferença entre sentença declaratória e as demais reside no fato de que ação declaratória somente produz o efeito de criar um estado de certeza sobre as qualidades jurídicas de determinado ato, fato ou relação jurídica ocorrida no passado sobre a qual havia controvérsia. Esse provimento jurisdicional não dá ensejo à execução forçada, uma vez que não cria e nem modifica direitos ou relações jurídicas. A sentença declaratória tem como escopo estabelecer a certeza sobre a existência de direito ou de relação jurídica, isto é, somente estabelece certezas jurídicas. A sentença declaratória não modifica a situação de fato existente no mundo, ou seja, ela simplesmente reconhece o que já existe, não sendo capaz de produzir efeitos modificativos ou condenatórios.

Por outro lado, a sentença condenatória constitui um título executivo (além da declaração que existe em si), que permite a execução forçada por meio de outro processo específico (processo de execução). Isso ocorre porque na ação condenatória a sentença reconhece o direito da parte e impõe à parte contrária uma sanção que corresponde a uma modalidade de obrigação. Essa sentença possui as seguintes funções: 1) função declaratória (de um direito); 2) função sancionatória (de uma obrigação material) e 3) função executiva (de uma obrigação processual).

A sentença constitutiva determina a modificação de situações jurídicas, ou seja, contém mais do que uma mera declaração, mas não se constitui em título

---

<sup>322</sup> PONTES DE MIRANDA. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1998, p. 137.

<sup>323</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Vol. 3. 23.ed. atua. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 29.

executivo<sup>324</sup>. Exemplos: 1) sentença divisória de terras é constitutiva de quinhões e 2) sentença que rescinde um contrato.

Também adotando a classificação ternária, Moacyr Amaral Santos<sup>325</sup> afirma que somente existem ações declaratórias, condenatórias ou constitutivas; em razão disso as sentenças somente produzem efeitos com essas naturezas.

Humberto Theodoro Júnior<sup>326</sup> adota a classificação ternária das sentenças e acórdãos, entendendo que não há razão para colocar em patamar distinto as sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*, que podem ser classificadas dentro dos comandos de declaração e de condenação. Para o autor, as mandamentais e executivas *lato sensu* somente “realizam a essência das condenatórias, isto é, declaram a situação jurídica dos litigantes ordenam uma prestação de uma parte em favor da outra.”

Cândido Rangel Dinamarco<sup>327</sup> segue a mesma linha, ou seja, não entende necessária a classificação autônoma das ações mandamentais, que ficam abrangidas pela classificação de sentenças condenatórias. Mas o autor reconhece um “reforço de eficácia” nas sentenças mandamentais, que, no seu entender, são condenatórias. Todavia possui uma característica distinta das condenatórias comuns (sem, contudo, ser um tipo autônomo) qual seja o mandamento ou o “fator comando”. Esse comando das sentenças mandamentais é mais intenso, porque “autoriza o juiz, ainda no processo de conhecimento e sem necessidade de

---

<sup>324</sup> Há quem diga que a sentença executiva é também constitutiva, na medida em que constitui um título de crédito, sendo assim, também constitutiva. Como afirma Calamandrei: O réu, antes da condenação, não é senão um *obrigado*: isto é, o sujeito passivo de uma relação jurídica substancial, vinculado, por força dela, a observar *voluntariamente* um certo comportamento. Mas, depois da condenação, a vontade do devedor, sobre a qual até então o direito substancial confiava para obter o adimplemento do obrigado, se transforma, de sujeito ativo de vontade em objeto passivo de uma vontade alheia. Nessa *transformação da obrigação, para o cumprimento da qual o direito contava com a vontade ativa do obrigado, em sujeição passiva à força alheia, contra a qual a vontade do condenado já não tem valor*, me parece que consiste a característica essencial da *condenação*, comum à condenação civil e à penal. Segundo essa concepção, pode-se verdadeiramente dizer que a sentença de condenação tem natureza constitutiva. (CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el Proceso Civil**. Buenos Aires, Lavallo, 1961. p. 560-581).

<sup>325</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Vol. 3. 23.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 29.

<sup>326</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 39.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 468-469.

<sup>327</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual civil**. Vol. III. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 204-205.

propositura ou instalação do executivo, a desencadear medidas destinadas a proporcionar ao vencedor a efetiva satisfação de seu direito”.

Entretanto, o autor admite a existência das sentenças executivas *lato sensu*, que serão explicadas e conceituadas no item específico da classificação quinária da ação.

Posição interessante é explanada por Eduardo J. Couture<sup>328</sup>, que classifica as ações em condenatórias, declaratórias, constitutivas e cautelares: “cuando se trata de determinar los distintos tipos de sentencia en consideración al derecho sustancial o material que ellas ponen en vigor, entonces la clasificación se divide en otros tipos: sentencias declarativas, de condena, constitutivas y cautelares”.

### 5.1.2 Classificação quinária das ações

A classificação quinária da ação foi proposta por Pontes de Miranda<sup>329</sup>. Por meio dessa classificação, as ações podem ser classificadas em: a) ações condenatórias, b) ações constitutivas (que podem ser positivas: constitutivas; ou negativas: desconstitutivas), c) ações declaratórias (que também podem ser positivas ou negativas), d) ações mandamentais e e) ação executiva. O autor<sup>330</sup> repudia a classificação ternária, por entendê-la insuficiente.

Como se pode observar, foi mantida a mesma classificação ternária, mas acrescentadas as ações mandamentais e as ações executivas. Com relação às ações declaratórias, constitutivas e condenatórias, o autor adotou os mesmos conceitos elaborados pela classificação anterior. Já em relação às ações mandamentais, o autor considerou como mandamentais as sentenças que contém

---

<sup>328</sup> “Quando se trata de determinar os distintos tipos de sentença em consideração ao direito substancial ou material que elas põem em vigor, então a classificação se divide em outros tipos: sentenças declaratórias, condenatórias, constitutivas e cautelares”. Tradução nossa (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3.ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires, 1997, p. 314).

<sup>329</sup> PONTES DE MIRANDA. 1998, p. 131.

<sup>330</sup> PONTES DE MIRANDA. 1998, p. 131-132.

uma ordem dirigida a um órgão ou autoridade ou até mesmo um mandado dirigido ao oficial de justiça. Para ser mandamental, a determinação contida no mandado não pode se confundir com o conteúdo de mera condenação. Pontes de Miranda<sup>331</sup> estabelece ainda as distinções entre as ações mandamentais e as executivas que podem ser resumidas no seguinte quadro:

| Ação mandamental <sup>332</sup>                       | Ação executiva   |
|---|--|
| O juiz manda, não só declara ou condena ou constitui. | O juiz faz “o que deveria ser feito pela parte”  |
| Imprescindibilidade do mandado final                  | O ato final “é ato da parte (solver) ou do juiz, focando”.<br>Os mandados estão no meio do processo. |

Como regra geral, os processos de conhecimento demandam o ajuizamento de um processo de execução para dar efetividade ao que foi decidido, nas ações condenatórias. Conceituando esse tipo de sentença, Pontes de Miranda<sup>333</sup> reconhece a ação executiva como a capaz de ingressar na esfera jurídica de outrem, já que “é aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar, e não está”.

Entretanto, há determinados processos (processo sincrético ou processo híbrido), nos quais a fase executória é mais uma fase do processo e não há necessidade de uma nova ação para executar o que tenha sido determinado na sentença condenatória.

O que caracteriza as ações executivas *lato sensu* é exatamente essa característica de dispensa de nova relação jurídica processual executiva. Essas ações possuem

<sup>331</sup> PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Forense, 1959, 229-230 p.

<sup>332</sup> Marcelo Abelha afirma que a técnica mandamental é direcionada para “as relações infungíveis”, já que dependem da participação do obrigado, por isso a emissão do mandamento ou da ordem judicial. Por outro lado a técnica executiva *lato sensu* está relacionada com as fungíveis, “justamente porque a participação do obrigado na obtenção do resultado é substituída pela atuação do Estado”. (ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 163)

<sup>333</sup> PONTES DE MIRANDA. 1998, p. 135-136.

uma fase específica para a execução logo depois da sentença, dispensando-se um processo autônomo de execução. As ações com essa natureza afastam a dicotomia: conhecimento – execução.

Para a verificação da natureza jurídica do provimento jurisdicional de constitucionalidade, é relevante o estudo mais detido das ações de natureza declaratória e constitutiva.

### 5.1.3 Eficácia nas ações declaratórias e constitutivas

Quanto à eficácia, somente há relevância na verificação das distinções de efeitos das sentenças que sejam favoráveis ao pedido formulado, na medida em que a sentença de improcedência sempre terá efeito declaratório somente<sup>334</sup>. Dessa forma, é relevante a verificação de eficácia nas sentenças de procedência do pedido formulado.

A principal distinção entre a eficácia das sentenças constitutivas e declaratórias, como afirma Pontes de Miranda<sup>335</sup>, é que o elemento declaratório é feito “após, no tempo, ao que se declara”, ou seja, a eficácia fica “lógica e cronologicamente antes da sentença”, enquanto que o elemento constitutivo tem eficácia em algum momento específico do tempo, a partir do qual algo é criado ou constituído, isto é, “quando se constitui, há, no tempo, momento passado, a, em que algo não havia, e momento b, em que algo se cria, se constitui.”

Pontes de Miranda<sup>336</sup> reconhece que as sentenças constitutivas muitas vezes não produzirão efeitos “*ex nunc*”, mas serão, por sua natureza, produtoras de efeitos “*ex tunc*”. Assim, a sentença constitutiva pode ter efeitos “*ex nunc*” ou “*ex tunc*”:

---

<sup>334</sup> “Se a sentença é favorável, inteiramente, ao petitum, a soma dos pesos de eficácia da sentença é igual à soma dos pesos de eficácia que o autor pediu, ou que foi pedida pelo reconvinte. Se a sentença julga improcedente a ação, a força sentencial é declarativa. Força sentencial de peso maior no cômputo da eficácia. Daí haver cinco classes de sentenças...” (PONTES DE MIRANDA. 1998, p. 180).

<sup>335</sup> PONTES DE MIRANDA. 1998, p. 149.

<sup>336</sup> PONTES DE MIRANDA. 1959, 184 p.

Em muitos casos<sup>337</sup>, a sentença constitutiva tem eficácia *ex tunc* (...). Sempre que, no plano do direito material, os fatos geradores da relação jurídica já existiam e faltavam exigências de forma essenciais à sua plena reconhecibilidade, a sentença tem eficácia *ex tunc*: são esses os casos em que o direito material reputa “declaratório” o julgamento. Visto do plano do direito material, entende-se: nele eficácia *ex tunc* e declaração coincidem, salvo quando se trata de “retroatividade” em sentido estrito. Vistos no plano do direito processual, não: a sentença constitutiva pode ter eficácia *ex nunc* ou *ex tunc*, conforme a espécie.

Finalmente, é fundamental verificar a posição de Pontes de Miranda<sup>338</sup> sobre as sentenças constitutivas que muitas vezes estão “disfarçadas” de sentenças declaratórias. Para o autor, não se pode falar em sentença declaratória de nulidade, pois, na verdade, sempre que se declara uma nulidade o que realmente ocorre é uma desconstituição. O autor afirma que ao se pedir a “declaração da nulidade de uma relação jurídica, em vez da declaração de inexistência, é ação constitutiva negativa disfarçante”. Para existência de uma sentença meramente declarativa é preciso que esteja despida de efeitos condenatório, constitutivos, executivos ou mandamentais, basta que “autoritativamente” enuncie que algo existe ou que não existe.

#### 5.1.4 As ações mandamentais e executivas *lato sensu*

Modernamente, há profundas discussões sobre a verificação da classificação ternária sob o viés da efetividade e instrumentalidade do processo, afastando por conseqüência a classificação quinária de Pontes de Miranda. O pressuposto desse entendimento reside na verificação de três planos para a solução das crises jurídicas (reflexo da classificação ternária), mediante o oferecimento às partes: a) de nova situação jurídica (constitutiva); b) da certeza jurídica (declaratória) e c) do adimplemento (mandamental).

As ações mandamentais e as ações executivas *lato sensu* não passam de técnicas voltadas para a garantia da efetividade dos provimentos resultantes do terceiro item,

---

<sup>337</sup> Como exemplo o autor aponta as ações de herança pela indignidade.

<sup>338</sup> PONTES DE MIRANDA. 1998, p. 216-217.

qual seja o oferecimento às partes do adimplemento. Marcelo Abelha<sup>339</sup> afirma que não se duvida da existência dos provimentos mandamentais e executivos *lato sensu*, entretanto, no seu entender, “referem-se estes às múltiplas técnicas do processo, e não propriamente à solução de direito material”.

A tutela de urgência demanda maior efetividade do processo, já que não basta permitir que a tutela seja prestada rapidamente, é preciso garantir a sua efetividade; não se admite mais um processo civil que não esteja preocupado com os resultados práticos obtidos.

Pode-se concluir que, pelo entendimento apresentado, não se justifica a classificação distinta para os provimentos mandamentais e executivos *lato sensu*, já que não pretendem a proteção de um provimento de direito material autônomo.

## 5.2 NATUREZA JURÍDICA DA INCONSTITUCIONALIDADE

Depois de vistos os conceitos dos capítulos anteriores, resta enfrentar a questão da natureza jurídica da inconstitucionalidade. Há uma posição doutrinária que defende que a inconstitucionalidade tem natureza jurídica de nulidade, com nítida aplicação dos conceitos civilísticos de inexistência, nulidade e anulabilidade. Entretanto, essa afirmação não pode ser facilmente aceita sem maiores cuidados, uma vez que a teoria das nulidades aplicada na esfera do direito civil não comporta uma mera transposição para o campo dos vícios de inconstitucionalidade. Explica-se: não se pode simplesmente pretender aplicar os preceitos da teoria das nulidades de direito civil à disciplina dos vícios decorrentes da inconstitucionalidade das leis ou atos normativos. São duas esferas distintas de avaliação (civil e constitucional). Somente como exemplo de distinção entre ambas, pode-se verificar a disciplina do ato inexistente: 1) nos conceitos civilistas não é necessária a declaração de nulidade para ser afastado e 2) no controle de constitucionalidade sempre há a necessidade de pronúncia da inconstitucionalidade.

---

<sup>339</sup> ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 162.

A inconstitucionalidade é uma questão de direito público, não sendo compatível com a aplicação dos conceitos civilísticos de natureza privada, para definição de sua natureza jurídica.

Como a inconstitucionalidade possui uma natureza pública, outra parte da doutrina procura atribuir-lhe a natureza jurídica dos vícios que alcançam os atos administrativos, estando submetido o seu controle à idéia de revogação e anulação.

Por outro lado, há os que defendem que a expressão de lei inconstitucional, por si só, é contraditória. Na verdade, deve ser verificada a perda de eficácia da lei no ordenamento jurídico.

Diante da disparidade acima especificada, serão estudadas as posições de alguns autores relevantes.

### **5.2.1 Posição de Ruy Barbosa, Herbert L. A. Hart, Pontes de Miranda e Hans Kelsen**

A escolha dos autores se justifica em razão da relevância de todos para o estudo da inconstitucionalidade e das normas jurídicas.

#### **5.2.1.1 Noções de Ruy Barbosa<sup>340</sup>**

O autor afirma que o controle de constitucionalidade é característico dos Estados que possuem constituições escritas, que “sempre o fizeram com o intuito de assentar

---

<sup>340</sup> A obra de Ruy Barbosa sobre os atos inconstitucionais está voltada para o relato de um caso específico relacionado às “ações civis dos reformados e demitidos pelos Decretos 7 e 12 de abril de 1892”. Ou seja, a obra está voltada para o relato de um caso concreto, no qual o autor atuou como advogado. O relato apresenta uma relevância histórica para o constitucionalismo brasileiro, já que foi a primeira discussão havida nos tribunais brasileiros sobre o assunto como afirma Ruy Barbosa: “Por outro lado, esta unificação do debate me permite ventilar mais a fundo as questões capitais, em cujo desenvolvimento me vejo obrigado a entrar na mais larga explanação, attenta, de um aparte, a relevância excepcional de seu objecto, assim como a sua novidade, agora encarada pela primeira vez no fôro brasileiro...” (BARBOSA, Ruy. **Os actos inconstitucionais**: do congresso e do executivo ante a justiça federal. Capital Federal: Companhia Impressora, 1893, p. 10).

a lei fundamental e suprema da nação”. Em que pese o controle de constitucionalidade ser aplicado com a noção de nulidade em sistema de constituição consuetudinária, o autor<sup>341</sup> defende que é característica dos sistemas de constituição escrita:

... a theoria de taes governos deve ser que qualquer acto da legislatura, offensivo da Constituição, é nullo. Esta doutrina está essencialmente ligada às constituições escriptas, e, portanto, deve-se observar como um dos princípios fundamentaes de nossa sociedade.

Entretanto, a idéia de controle está associada à supremacia constitucional, seja a constituição rígida<sup>342</sup> ou flexível<sup>343</sup>. Entretanto, há quem defenda a idéia de que a supremacia é decorrente da noção de rigidez constitucional<sup>344</sup>. De qualquer modo, é importante destacar que Ruy Barbosa defende a existência da supremacia

<sup>341</sup> BARBOSA, Ruy. **Os actos inconstitucionais**: do congresso e do executivo ante a justiça federal. Capital Federal: Companhia Impressora, 1893, p. 45.

<sup>342</sup> A denominação de constituição rígida é resultante de uma das formas de classificação doutrinária das constituições, qual seja, a classificação quanto aos procedimentos de alteração de seu texto. Por esse critério, as constituições podem ser classificadas como rígidas, flexíveis ou semi-flexíveis, como afirma José Afonso da Silva, sendo que “rígida é a constituição somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares”. (SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11.ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 45).

<sup>343</sup> Jorge Miranda desmistifica essa afirmação, ao explicar a classificação das constituições em rígidas e flexíveis. O autor afirma que “seja qual for o seu tipo, a Constituição, rígida ou flexível, pode ser atacada por normas e actos material ou formalmente viciados”. A distinção somente tem relevância na aplicação da teoria da revisão constitucional, já que se trata de uma classificação que distingue as constituições quanto ao processo de revisão constitucional: “... não é já no contexto da teoria da inconstitucionalidade que se acaba por pôr a distinção entre Constituições rígidas e flexíveis, mas no da teoria da revisão constitucional, como qualificação de dois processos próprios.” (MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 36-37 e 41).

<sup>344</sup> Paulo Bonavides afirma que somente se justifica o controle de constitucionalidade na hipótese de constituição rígida, quando se reconhece a hierarquia entre os dispositivos constitucionais e os infraconstitucionais: “O sistema das Constituições rígidas assenta numa distinção primacial entre poder constituinte e poderes constituídos. Disso resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela Constituição mesma.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 296). Todavia, não assiste razão ao autor pelos fundamentos expostos por Jorge Miranda. No direito inglês de constituição flexível é possível o controle dos atos do Poder Executivo por meio do *judicial review*. O *judicial review* é exercido pelas altas cortes que podem invalidar os atos da autoridade pública, por motivos de ilegalidade, vício de procedimento e razoabilidade, considerando também que os atos governamentais devem respeitar noções de honestidade e fundamentos de base moral, como afirma John Alder: “The theoretical basis of judicial review is itself debatable. One perspective bases judicial review upon common law notions that powerful bodies must act in accordance with base moral values of fairness and justice and respect for rights and rationality.” (ALDER, John. **Constitucional and administrative Law**. Londres: Macmillan, 1999, p. 293). Tradução da autora: A base teórica da revisão judicial é, por si própria, discutível. Uma perspectiva baseia a revisão judicial em noções da *Common Law* de que órgãos de Poder devam agir de acordo com os valores morais básicos de equidade e justiça e respeito aos direitos fundamentais e razão”.

constitucional com possibilidade de verificação judicial da constitucionalidade dos atos, por força da própria “essência do poder republicano”<sup>345</sup>.

Na sua visão, deve ser aplicado o regramento do direito americano<sup>346</sup> para a solução da questão da inconstitucionalidade (teoria da nulidade) e da competência para sua apreciação, no caso concreto.

Há o reconhecimento de que “toda lei, que cerceie instituições e direitos consagrados na Constituição, é inconstitucional”<sup>347</sup>. E como consequência da inconstitucionalidade, os atos serão eivados pelo vício da nulidade: “toda medida, legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência nulla”<sup>348</sup>.

Para o autor<sup>349</sup>, o Poder Judiciário é o fiscal do poder do povo na fiscalização das inconstitucionalidades, que tem o dever inevitável de enfrentar e, se for o caso, reconhecer judicialmente essa situação. A inconstitucionalidade, para o autor, é caso de nulidade, que deve ser reconhecida por meio de um pronunciamento declaratório do órgão julgador:

O papel do tribunal é apenas declaratório; não desata conflitos: indica-os, como a agulha de um registro, e, indiando-os, indicada está por sua natureza a solução. A lei mais fraca cede á superioridade da mais forte. (...) O tribunal é apenas o instrumento da lei preponderante. Os maiores jurisconsultos e os maiores publicistas designam no poder judiciário o árbitro supremo, o interprete final da Constituição.

Aplicam-se nos Estados Unidos, até hoje, as regras de Brandeis<sup>350</sup>: 1) controvérsia autêntica e atual; 2) caso concreto; 3) decisão limitada às partes; 4) outros elementos para a validade excluem a inconstitucionalidade; 5) prejuízo concreto

<sup>345</sup> BARBOSA, Ruy. **Os actos inconstitucionais**: do congresso e do executivo ante a justiça federal. Capital Federal: Companhia Impressora, 1893, p. 15.

<sup>346</sup> A supremacia decorrente da rigidez é noção tipicamente americana porque a Constituição de 1787 foi a primeira constituição escrita, codificada e rígida, tudo em sentido oposto à Constituição Inglesa, que era (e ainda é) parcialmente consuetudinária, legal e flexível. Ao contrário da Inglaterra, os Estados Unidos afirmavam ter uma *higher law* ou uma *paramount law* que os ingleses não tinham, fato decorrente de seu duplo caráter codificado e rígido.

<sup>347</sup> BARBOSA, 1893, p. 39.

<sup>348</sup> BARBOSA, 1893, p. 47.

<sup>349</sup> BARBOSA, 1893, p. 64-65.

<sup>350</sup> BOFILL, Héctor López. **Decisiones Interpretativas en el Control de Constitucionalidad de la Ley**. Valência: IVAP, 2004, p. 240-250.

deve ser demonstrado pelo interessado; 6) o beneficiário da lei não tem legitimidade; 7) apenas a inconstitucionalidade manifestada deve ser declarada; 8) do contrário, prefere-se a manutenção da norma.

### 5.2.1.2 Noções de Herbert L. A. Hart

Herbert L. A. Hart<sup>351</sup> identifica dois “tipos gerais de normas” consistentes nas: a) “normas que conferem poderes” e b) “normas que impõem deveres”. Sendo que as sanções são aplicáveis somente às normas que, por sua natureza e função (função social correspondente à necessidade de regulação das relações), estabelecem deveres. O autor critica a tendência de “uniformização na ciência do direito”, que defende a existência de sanção para os dois tipos de normas constantes no ordenamento. Entretanto, Hart defende a aplicação de sanção somente nas normas de natureza criminal, ou seja, as normas que impõem deveres jurídicos. Para o outro tipo de normas, a nulidade não é uma sanção, isto porque nem sempre será um mal “para aquele que não satisfaz uma qualquer condição exigida para a validade jurídica”. Nesse ponto específico, assiste razão ao autor, na medida em que muitas vezes o efeito da nulidade pode ocorrer em benefício do indivíduo que está envolvido no ato jurídico<sup>352</sup>. Acreditando insuficientes as razões, Hart<sup>353</sup> afirma que:

Mas, para além destas críticas banais que poderiam ser resolvidas com alguma dose de engenho, há razões mais importantes para a nulidade não poder ser assimilada ao castigo associado a uma regra como estímulo para a inibição das actividades que a regra proíbe. No caso de uma regra de direito criminal, podemos identificar duas coisas distintas: um certo tipo de conduta que a regra proíbe e a sanção dirigida ao seu desencorajamento.

Por outro lado, as regras que estabelecem poderes, ou seja, que regulam o estabelecimento de outros deveres menores para as partes não estão submetidas à

---

<sup>351</sup> HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 39-43.

<sup>352</sup> No ordenamento jurídico brasileiro, há exemplo de regra de imposição de nulidade que foi construída para a proteção do envolvido no ato jurídico. Quando o Código Civil brasileiro em seu artigo 166, estabelece que o negócio celebrado por pessoa absolutamente incapaz é nulo, fica clara a intenção do legislador de proteger o indivíduo que não pode validamente manifestar a sua vontade. É claro que não se pode afastar também o entendimento de que o ato jurídico sem manifestação de vontade não pode permanecer no mundo jurídico, entretanto, também não se pode afastar o caráter protetivo dessa regra. Assim, para o absolutamente incapaz, o reconhecimento da nulidade do ato não é uma sanção é uma proteção.

<sup>353</sup> HART, 2001, p. 40.

aplicação de sanção pelo seu descumprimento (à semelhança da sanção estabelecida no direito penal). Na verdade, a aplicação de nulidade é parte integrante da própria norma, pois sem a nulidade não haveria uma regra inteligível, o que não ocorre com as leis penais, que mesmo sem a especificação de uma sanção possuem preceitos compreensíveis.

Criticando o entendimento acima, Marcos Bernardes Mello<sup>354</sup> afirma que Hart considera somente os “aspectos formais do processo legislativo”, justificando a restrição da abordagem em decorrência do modelo de controle constitucional inglês, que prestigia a “supremacia do parlamento” e não a supremacia das “normas constitucionais de fundo (= substanciais)”. Finalmente, o autor afirma que:

No campo do Direito Constitucional, havendo antinomia entre normas infraconstitucionais e normas constitucionais substantivas, de direito material, aquelas são nulas, e nesses casos não é possível falar-se em violação de NORMA TÉCNICA, precisamente porque as normas de FUNDO (de direito material) não são formais, mas imperativas (= norma final).

#### 5.2.1.4 Noções de Pontes de Miranda

O autor<sup>355</sup> tece um paralelo entre a lei inconstitucional e os negócios jurídicos, em alguns momentos para apontar semelhanças e em outros para determinar as distinções. Sumariamente, refuta a idéia de que o reconhecimento da inconstitucionalidade é ato de revogação, de ab-rogação ou de derrogação da lei tida por inconstitucional, já que o ato jurisdicional se limita a reconhecer que a inconstitucionalidade “nada insere no lugar em que a lei estava”. A decisão judicial não tem a capacidade de criar lei, como afirma o autor<sup>356</sup>:

O corpo legislativo excedeu os limites da sua competência ou feriu alguma regra da Constituição: a justiça apenas cancela essa excrescência, para êsse excesso, reduz essa usurpação, decretando a nulidade do texto legal. (...) a decisão não é lei contra lei; e sim *sobre* a lei, contra a lei.

Pontes de Miranda afirma que o provimento jurisdicional que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei tem natureza jurídica constitutiva negativa, mas com

---

<sup>354</sup> MELLO, 2001, p. 50.

<sup>355</sup> PONTES DE MIRANDA, tomo II, 1960, p. 486-493.

<sup>356</sup> PONTES DE MIRANDA, tomo II, 1960, p. 489.

efeitos *ex tunc*. Justifica a sua posição por entender que a lei inconstitucional, “enquanto não se lhe decreta a nulidade por inconstitucionalidade (...), é eficaz”. O autor reconhece que a lei inconstitucional está eivada de vício de nulidade, que há de ser reconhecido por meio de um provimento jurisdicional constitutivo negativo, com efeitos *ex tunc*: “as regras jurídicas que violam a Constituição são regras jurídicas nulas, porém eficazes enquanto não são desconstituídas de acordo com a Constituição mesma”.

O autor aplica as regras de validade dos negócios jurídicos às leis inconstitucionais:

1) ônus da prova incumbe a quem alega; 2) nulidade absoluta pode ser reconhecida de ofício; 3) impossibilidade de revogação, derrogação ou ab-rogação.

#### 5.2.1.5 Noções de Hans Kelsen

Hans Kelsen analisa o conflito hierárquico entre normas jurídicas como uma questão relacionada ao sistema dinâmico do direito. O autor afasta a idéia de norma inexistente, já que se a norma não respeitou os preceitos das outras normas jurídicas para a sua criação ela não é norma jurídica; pode ser norma, mas não será norma jurídica. Por isso, ele repudia a expressão “norma jurídica contrária a outras normas”. Nesse sentido, manifesta-se Fábio Ulhoa Coelho<sup>357</sup> ao comentar Kelsen:

Inicialmente, ele considera contradição nos termos a tradicional noção de norma contrária a outras normas. Ou seja, se determina norma não observou o processo de sua criação disciplinado por outra norma (...), então ela não existe como norma. Se não existe, falar em conflito com outras normas não tem sentido algum.

A desconformidade entre a leis e a constituição dará ensejo à inconstitucionalidade. Entretanto, a lei inconstitucional integrará a ordem jurídica até que seja assim reconhecida pelo órgão competente (no Brasil, o Judiciário) ou revogada por outra lei. Esse é o entendimento de Hans Kelsen, ou seja, fará parte do ordenamento jurídico enquanto não for afastada pela revogação ou pelo reconhecimento da inconstitucionalidade, como afirma Fábio Ulhoa Coelho<sup>358</sup>:

---

<sup>357</sup> COELHO, 2001, p. 43.

<sup>358</sup> COELHO, 2001, p. 44.

... as leis de conteúdo desconforme ao da Constituição, editadas pelos legisladores, são válidas até que sua vigência seja revogada por norma jurídica posterior (outra lei ou mesmo a decisão definitiva da corte constitucional, concluindo pela inconstitucionalidade anterior). Mas, e não ocorrendo essa revogação (...)? Nessa hipótese, a lei desconforme com a Constituição integra a ordem jurídica.

Como já salientado, Kelsen entende que a nulidade é uma espécie de anulabilidade, ou seja, tanto a nulidade quanto a anulabilidade de uma norma jurídica produzirão efeitos constitutivos negativos.

Com relação à lei, Hans Kelsen<sup>359</sup> salienta que uma lei somente é lei se estiver em conformidade com a norma fundamental. A expressão lei inconstitucional é um contra-senso, que deve ser interpretado como a possibilidade de invalidação da norma por processo que reconheça a sua anulação. Enquanto isso não ocorrer, a lei é válida e, portanto, é constitucional, deixando de ser após o estabelecimento de outra norma (seja pronunciamento judicial ou legislativo) capaz de determinar a sua invalidade. Analisando a expressão lei inconstitucional, o autor assim se manifesta:

O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas, também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional.

Assim, a norma jurídica válida é a norma que preencha os seguintes requisitos: a) adequação ao procedimento; b) manifestação de autoridade competente e c) mínimo de eficácia. Com a exigência desses requisitos não se pode falar em inconstitucionalidade originária da norma jurídica, porque se é jurídica é constitucional. A inconstitucionalidade originária é uma contradição em termos, porque a norma passa a ser inconstitucional somente com o reconhecimento da circunstância pela autoridade competente.

Para Kelsen, a inconstitucionalidade de uma norma jurídica é uma causa de perda da validade; por se tratar de uma anulabilidade, a norma será eficaz e minimamente válida desde o seu ingresso no ordenamento jurídico até o reconhecimento da sua

---

<sup>359</sup> KELSEN, 1998, p. 300.

inconstitucionalidade. Quando reconhecida a sua invalidade, por violação da norma constitucional superior, a norma infraconstitucional perde a sua validade e, até então, é considerada provisoriamente válida.

### 5.3 NATUREZA JURÍDICA DO PROVIMENTO JURISDICIONAL DE MÉRITO NA ADI POR AÇÃO.

O objeto de estudo do presente trabalho está relacionado com a verificação da natureza jurídica do provimento jurisdicional de controle de constitucionalidade exercido por meio do controle concentrado, no Brasil, especificamente em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A justiça constitucional é mais ampla do que o controle jurisdicional de constitucionalidade, como afirma Mauro Cappelletti<sup>360</sup>, existindo outras formas de exercício da justiça constitucional. No entanto, o controle é a mais importante manifestação da justiça constitucional.

O controle jurisdicional de constitucionalidade permite a fiscalização de um Poder sobre outros, na medida em que o Judiciário verifica a constitucionalidade da atuação do administrador e do legislador.

De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>361</sup>, a norma que desobedece aos ditames constitucionais é uma norma inconstitucional e, como tal, será declarada nula, o que significa que poderá ocorrer a perda de seus efeitos desde o momento em que tenha começado a produzi-los (*ex tunc*). Ou seja, há o reconhecimento de que o provimento jurisdicional de inconstitucionalidade tem natureza jurídica declaratória. Essa é a posição do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não há como sustentar essa teoria em sede de controle abstrato e concentrado de

---

<sup>360</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 23-24.

<sup>361</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 212.

constitucionalidade exercido por meio de ADI. Deve prevalecer o posicionamento kelseniano, como será demonstrado no próximo item.

### 5.3.1 Natureza jurídica constitutiva negativa

Para Hans Kelsen, como salientado acima, a lei inconstitucional é uma expressão dotada de incoerência, já que somente pode ser lei quando haja obediência aos preceitos estabelecidos na norma fundamental. Assim, a lei dita inconstitucional será afastada com o reconhecimento constitutivo de sua anulabilidade, já que a nulidade afastaria a juridicidade da norma legislada.

A Lei nº. 9868/99, que dispõe sobre o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, contempla vários efeitos<sup>362</sup> da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de atos jurídicos. Dentre eles, o que interessa ao presente estudo é o efeito previsto no artigo 27<sup>363</sup>.

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica<sup>364</sup> ou de excepcional interesse social<sup>365</sup>, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado<sup>366</sup>.

<sup>362</sup> Efeitos dúplices previstos no artigo 24 (“... e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória”); efeito *erga omnes* e efeito vinculante previstos no parágrafo único do artigo 28 (“a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”).

<sup>363</sup> Esse artigo traz a flexibilização dos efeitos do provimento que reconhece a inconstitucionalidade das leis. Por meio desse mecanismo, cabe discricionariamente ao Poder Judiciário o estabelecimento dos efeitos temporais da decisão.

<sup>364</sup> Razões de segurança jurídica.

<sup>365</sup> Razões de excepcional interesse social: são determinadas pelo mundo dos fatos, ou seja, não se pode admitir que haja situação desastrosa para a sociedade com a declaração de inconstitucionalidade, isto é, o reconhecimento da inconstitucionalidade não pode causar mais danos e prejuízos à sociedade do que causa a manutenção de uma lei inconstitucional.

<sup>366</sup> O artigo 27 positiva uma “prerrogativa discricionária” do Poder Judiciário, como afirma Carlos Roberto Siqueira Castro. Essa previsão legislativa permite a aplicação de um “modelo de justiça discricionária”, garantidor de maior segurança jurídica para as relações formadas sob o império da lei reconhecida como inconstitucional. A possibilidade de modulação dos efeitos do reconhecimento de inconstitucionalidade consiste em um verdadeiro “*upgrade* teórico”, como afirma o autor. (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus Efeitos em face das leis n. 9.868 e 9.882/99 . In: SARMENTO, Daniel (Org). **O controle de constitucionalidade e a lei n. 9.868/99**. 2ª. tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, 40-41).

Como se pode observar do disposto no artigo, a lei parece reconhecer que efetivamente se trata de uma declaração, ou seja, que a natureza jurídica da decisão jurisdicional de controle de constitucionalidade é uma decisão declaratória. Entretanto, o dispositivo permite que essa decisão, de acordo com a vontade do STF, produza efeitos depois do trânsito em julgado do acórdão (*ex nunc*) ou em algum outro momento fixado. Não se pode, assim, afirmar que o provimento tenha natureza declaratória. Na verdade, na linha de pensamento de Kelsen, a invalidade da norma inconstitucional gera efeitos equivalentes aos da anulabilidade. E se o provimento que reconhece a inconstitucionalidade em caráter abstrato não se limita a constatar a invalidade da norma infraconstitucional, avançando para o mundo concreto e retirando da norma do mercado jurídico, segue-se que ele tem natureza constitutiva negativa, e não meramente declaratória.

É importante verificar, mesmo que rapidamente, quais são os modelos de controle de constitucionalidade consagrados e quais as principais diferenças existentes entre si. São dois modelos de controle difuso e controle concentrado, que apresentam as distinções entre si, como expresso no quadro abaixo, elaborado de acordo com as considerações de Mauro Cappelletti<sup>367</sup>.

| Controle difuso ou Modelo norte-americano                       | Controle concentrado ou Modelo austríaco   |
|---|--|
| Originado na Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 | Originado na Carta Política da Áustria de 1920   |
| Concepção tradicional como mero reconhecimento declaratório     | “Controle constitutivo da invalidade”, com a “conseqüente ineficácia das leis” contrárias à constituição         |
| Produção de efeitos <i>ex tunc</i> da decisão                   | Produção de efeitos <i>ex nunc</i> da decisão, não se admitindo qualquer retroatividade da eficácia da anulação. |

<sup>367</sup> CAPPELLETTI, 1984, p. 117.

Hans Kelsen construiu o modelo austríaco baseado na teoria da anulabilidade<sup>368</sup> como efeito conseqüente da invalidade. Pelo seu entendimento, toda a norma jurídica deve ser coerente com as outras normas jurídicas hierarquicamente superiores (principalmente a constituição) até ser alcançado o seu fundamento de validade na norma fundamental.

A norma fundamental pode ser vista como constituição no sentido lógico-jurídico (norma fundamental como poder) e no sentido jurídico-positivo (texto positivo constitucional). A norma jurídica encontra seu fundamento de validade em outra norma de hierarquia superior até regredir à norma fundamental.

Enquanto a norma não for reconhecida como inconstitucional ela será válida (na forma explicada na metáfora do Rei de Midas). Como afirma Geovany Cardoso Jeveaux<sup>369</sup>, “a inconstitucionalidade, por isso, significa a invalidade de um ato em seu sentido subjetivo, por não se adequar ao sentido objetivo da norma constitucional que lhe confere validade”.

Assim, o provimento jurisdicional de inconstitucionalidade tem natureza jurídica de desconstituição, produzirá efeitos *ex nunc*, o que vem comprovado pela possibilidade de aplicação da modulação dos efeitos (artigo 27, Lei 9868).

Historicamente, foi constatado que a teoria da nulidade já não era mais suficiente para explicar o fenômeno da inconstitucionalidade das leis. Até mesmo no próprio modelo de controle difuso norte-americano, a teoria da nulidade sofreu mitigações decorrentes da necessidade de aplicação dos efeitos decorrentes da teoria da anulabilidade kelseniana. Como afirma Mauro Cappelletti<sup>370</sup>, nos Estados Unidos, na Alemanha e na Itália, após a Segunda Grande Guerra Mundial, houve uma atenuação dos efeitos da eficácia *ex tunc*, em decorrência das “exigências práticas”.

A tendência moderna está voltada para um temperamento dos efeitos ao invés da aplicação do “radicalismo crônico” de separação absoluta dos efeitos, como afirma

---

<sup>368</sup> BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 18.

<sup>369</sup> JEVEAUX, 2003, p. 166.

<sup>370</sup> CAPPELLETTI, 1984, p. 56.

Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>371</sup>. O autor afirma que foram feitas “saudáveis atenuações” nos dois modelos de controle de constitucionalidade, que acabaram por ceder a esses “abrandamentos ditados pelas demandas do realismo jurídico e da justiça pragmática”.

No modelo difuso norte-americano, em decorrência do processo de mutação constitucional, foram aplicadas atenuações à regra de eficácia *ex tunc* do reconhecimento de constitucionalidade<sup>372</sup>. O *leading case* na matéria foi o caso *Likletter v. Walker*, ocorrido no ano de 1965, como afirma Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>373</sup>. Nesse julgado, a Suprema Corte Americana reconheceu que a produção de efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* não é decorrente de princípio constitucional, mas é “uma questão de política judicial (*judicial policy*), desse modo sujeita a livre valoração jurisdicional a ser feita em cada caso concreto”. O fundamento de definição dos efeitos a serem aplicados (*ex tunc* ou prospectivos) reside na aplicação de critérios de “justiça (*fair justice*) e de razoabilidade (*Reasonableness*)”

A Corte Constitucional Alemã inicialmente aplicou a regra norte-americana de aplicação de efeitos retroativos *ex tunc*, para posteriormente migrar para a aplicação da teoria kelseniana inspiradora do modelo austríaco, mediante a aplicação da “**incompatibilidade** (*unverreinbarkeit*) com a Constituição, e, de outro lado, a **inconstitucionalidade com nulidade**, ou acrescida da nota de nulificação”, na década de 1970, como afirma Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>374</sup>.

Na Espanha, também houve uma “reviravolta na tradição de retroatividade radical” do ato judicial que reconhece a inconstitucionalidade, como afirma Carlos Roberto

---

<sup>371</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus Efeitos em face das leis n. 9.868 e 9.882/99 . In: SARMENTO, Daniel (Org). **O controle de constitucionalidade e a lei n. 9.868/99**. 2ª. tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 57.

<sup>372</sup> O modelo de controle de constitucionalidade que reconhece a nulidade da lei considerada inconstitucional estabelece a “ineficácia ipso iure das leis”, como afirma Mauro Cappelletti, ou seja, mesmo antes do reconhecimento da inconstitucionalidade, as leis inconstitucionais não produzem efeitos, “antes mesmo que esta inconstitucionalidade seja declarada, solenemente e vinculatoriamente, pela sentença da Corte constitucional competente”. (CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 119)

<sup>373</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus Efeitos em face das leis n. 9.868 e 9.882/99 . In: SARMENTO, Daniel (Org). **O controle de constitucionalidade e a lei n. 9.868/99**. 2ª. tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 58-59.

<sup>374</sup> CASTRO, 2002, p. 71.

Siqueira Campos<sup>375</sup>. Em 1989, o Tribunal Constitucional reconheceu a produção prospectiva de efeitos do reconhecimento de inconstitucionalidade, quando tratou de caso referente à declaração de imposto de renda. Reconheceu também a Corte que a produção de efeitos retroativos não é uma imposição constitucional. Na verdade deve-se aplicar a discricionariedade do Poder Judiciário para a especificação dos efeitos a serem produzidos pelo reconhecimento da inconstitucionalidade. A discricionariedade visa a evitar que o reconhecimento da inconstitucionalidade seja um “mal maior” do que a própria inconstitucionalidade em si ou que essa circunstância impeça até mesmo o próprio reconhecimento em decorrência das conseqüências que podem segui-lo.

Na Itália, por outro lado, a regra é a produção prospectiva de efeitos do reconhecimento de inconstitucionalidade das leis, nos termos do artigo 136 da Constituição de 27/12/1947. Na França, adota-se o sistema de prospecção dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade do *Conseil Constitutionnel*.

Carlos Roberto Siqueira Campos<sup>376</sup> ressalta, ainda, a posição das Cortes supra nacionais que também reconhecem os efeitos prospectivos da declaração de inconstitucionalidade de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia (caso *Defrenne* que reconheceu a incompatibilidade entre Tratado de Roma e a legislação belga que adiou o termo inicial de aplicação de igualdade entre o trabalho de homens e mulheres) e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso *Markx* que reconheceu a incompatibilidade entre o Convênio Europeu de Direitos Humanos e a legislação belga que estabelecia distinção entre os filhos *extramatrimoniais*).

Ampliando os efeitos da declaração prospectiva da inconstitucionalidade, chegando a fixar tempo certo para o início de produção dos efeitos da inconstitucionalidade, está a Constituição da Turquia, como afirma Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>377</sup>.

---

<sup>375</sup> CASTRO, 2002, p. 75-77.

<sup>376</sup> CASTRO, 2002, p. 79-81.

<sup>377</sup> CASTRO, 2002, p. 83.

No Brasil, deve-se considerar que há uma nítida migração da teoria da nulidade (provimento jurisdicional declaratório de inconstitucionalidade) para a teoria Kelseniana da invalidade (provimento jurisdicional constitutivo de inconstitucionalidade). Pode-se aplicar os efeitos além do que possibilita a anulabilidade, já que o Supremo Tribunal Federal pode indicar no tempo, a partir de quando a lei torna-se inconstitucional.

Essa possibilidade de modulação dos efeitos representa a vivência de uma ordem democrática, já que o Supremo Tribunal Federal pode controlar o momento de produção dos efeitos decorrentes da inconstitucionalidade de acordo com a proteção do interesse público. Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes<sup>378</sup> afirmam que “na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode-se identificar tentativa no sentido de, com base na doutrina de Kelsen, abandonar a teoria da nulidade em favor da chamada teoria da anulabilidade”. Entretanto, os autores não afastam a aplicação da teoria da nulidade como regra, ou seja, entendem que ao reconhecimento da inconstitucionalidade deve ser aplicada a teoria da nulidade, e somente de forma excepcional o STF pode reconhecer a produção de efeitos *ex nunc* e ou *pro futuro*.

Luiz Roberto Barroso<sup>379</sup> também defende a teoria da nulidade afastando a aplicação da teoria da anulabilidade. Afirma o autor que a teoria da nulidade deve ser aplicada com “algumas atenuações”, para a proteção de interesses relevantes: a) “boa-fé de terceiros e da teoria da aparência”; b) “irredutibilidade de vencimentos”; c) “proteção da coisa julgada”; d) “vedação do enriquecimento sem causa”.

No mesmo sentido, posiciona-se Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>380</sup> afirmando que a Suprema Corte brasileira, “em boa hora e com excelente inspiração”, aderiu à aplicação da moderação dos efeitos da retroatividade absoluta do reconhecimento de inconstitucionalidade, no exercício do controle abstrato e direto de

---

<sup>378</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. & MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 314-324

<sup>379</sup> BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15-25.

<sup>380</sup> CASTRO, 2002, p. 89.

constitucionalidade, ao aplicar em reiterados acórdãos “essa potestade discricionária”.

O STF afirma que aplica a teoria da nulidade, sendo que a modulação dos efeitos está submetida à atuação discricionária do Tribunal (com exercício excepcional). Melhor seria o acolhimento da posição de Kelsen, que é mais coerente com o sistema de controle concentrado de constitucionalidade e capaz de garantir maior segurança jurídica (como o fez a Constituição Italiana de 1947<sup>381</sup>). Explica-se: se o reconhecimento de inconstitucionalidade for um provimento de natureza constitutiva negativa, a regra será a produção de efeitos em momento distinto do ingresso da norma no ordenamento jurídico, mediante a aplicação de critérios dogmáticos para a verificação da perda da validade. Não se defende o afastamento da possibilidade de modulação dos efeitos nas formas do artigo 27, da Lei 9868, mas a modulação seria a regra no reconhecimento da inconstitucionalidade e não a exceção como atualmente aplicado.

Há duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI 2154 e ADI 2258) tramitando no STF que têm por objeto o questionamento da constitucionalidade do artigo 27, e provavelmente serão julgadas improcedentes, uma vez que o próprio STF vem aplicando a modulação de efeitos até mesmo em sede de controle difuso, para o qual não há previsão legal.

O STF (mesmo antes da CF e da própria Lei 9868) já reconhecia que determinadas decisões de inconstitucionalidade (em controle concentrado e difuso) já produziam efeitos pró-futuro, como ocorreu nos seguintes processos:

a) Antes da CF/88: RE 78553/SP<sup>382</sup>: nesse Recurso Extraordinário o STF reconheceu que “apesar de proclamada a ilegalidade da investidura de

---

<sup>381</sup> Mauro Cappelletti afirma que a tendência moderna é a substituição dos efeitos retroativos da inconstitucionalidade para a aplicação prospectiva de seus efeitos, como comando determinante para a segurança jurídica. Ressalva o autor as hipóteses de aplicação do Direito Penal, quando o reconhecimento de inconstitucionalidade for para beneficiar o réu deve produzir efeitos *ex tunc*. (CAPPELLETTI, 1984, p. 124).

<sup>382</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 78594. Relator: Ministro Bilac Pinto. 07 jun. 1974. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 01 mai. 2005.

funcionário público na função de oficial de justiça, em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que autorizou tal designação, o ato por ele praticado é válido”.

b) Antes da Lei 9868: RE 122202/MG<sup>383</sup>: o acórdão deu validade à lei estadual que foi reconhecida inconstitucional, já que manteve os pagamentos que foram feitos aos magistrados com fundamento na citada lei. O STF reconheceu a “subsistência de pagamentos de gratificação mesmo após a decisão *erga omnes* da corte”, ou seja, mesmo diante do reconhecimento de inconstitucionalidade foi atribuído um período de validade para a lei inconstitucional.

c) Depois da Lei 9868:

c.1) RE 135328/SP<sup>384</sup>: Nesse Recurso Extraordinário o STF reconheceu a constitucionalidade do artigo 68, do Código de Processo Penal (legitimidade do Ministério Público para ajuizamento da ação civil *ex delicto* quando se tratar de vítima pobre), nos Estados que ainda não tivessem a Defensoria Pública organizada e em funcionamento. A suprema corte estabeleceu a ocorrência de inconstitucionalidade progressiva, ou seja, na medida em que for sendo organizada a Defensoria Pública, o dispositivo do CPP irá se tornando inconstitucional. No caso específico do Estado de São Paulo, até a presente data ainda não foi organizado o citado órgão<sup>385</sup>.

c.2) RE 197917/SP<sup>386</sup>: Nesse recurso o STF reconheceu que a inconstitucionalidade da lei que estabelece o número de vereadores de maneira desproporcional sem a

---

<sup>383</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 122202. Relator: Ministro Francisco Rezek. 10 ago. 1993. Estado de Minas Gerais e Emerson Tardieu de Aguiar e outros. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 05 mai. 2005.

<sup>384</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 135328. Estado de São Paulo e Ministério Público de São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio. 29 jun. 1994. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 01 mai. 2005.

<sup>385</sup> Trata-se de hipótese interessante de reconhecimento da inconstitucionalidade progressiva, no tempo e no espaço. Ou seja, na medida em que os Estados forem implantando as suas Defensorias Públicas, a norma prevista no CPP (artigo 68) estará eivada do vício da inconstitucionalidade. Trata-se a inconstitucionalidade futura, ou seja, em alguns Estados a lei ainda é constitucional, mas com o passar do tempo (e diante da adoção de algumas medidas de fato) irá tornar-se inconstitucional.

<sup>386</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 197917. Ministério Público de São Paulo e Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Relator: Ministro Maurício Corrêa. 06 jun. 2002.

aplicação de critério aritmético rígido na forma do artigo 29, IV, da CF, somente deve produzir efeitos pró-futuro em razão dos graves efeitos que traria o reconhecimento de produção de efeitos *ex tunc*.

c.3) ADI 3022: comentada em item posterior específico.

Na verdade, o conceito de nulidade pode até ser compatível com o controle concreto de constitucionalidade, no qual a eficácia do reconhecimento fará coisa julgada para as partes (mesmo assim, como mostrado acima, o STF tem demonstrado reconhecer a anulabilidade diante da aplicação da modulação de efeitos nos casos de controle concreto e difuso). Entretanto, quando se trata de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade não se pode reconhecer que a lei é nula para uns e para outros não, é inevitável o reconhecimento (quando for o caso de inconstitucionalidade) da teoria kelseniana da anulabilidade da lei.

### 5.3.2 Verificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Foi feita uma pesquisa sobre os julgados do STF que tenham reconhecido a aplicação dos efeitos previstos no artigo 27 daquele diploma legal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), bem como os fundamentos jurídicos dessas decisões.

No levantamento realizado<sup>387</sup> foi constatado que, no período de 01/06/2004 até 28/02/2005, o STF julgou 36 (trinta e seis) Ações Diretas de Inconstitucionalidade por ação. Em somente uma ADI foi verificada a aplicação da discricionariedade de alteração dos efeitos da decisão: ADI 3022/RS<sup>388</sup>.

---

**Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 05 mai. 2005.

<sup>387</sup> Levantamento de dados da pesquisa e a metodologia aplicada estão relatados no anexo.

<sup>388</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3022. Procurador-Geral da República, Governador do Estado do Rio Grande do Sul e Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. 02 ago. 2004. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 07 abr. 2005.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RITO DO ART. 12 DA LEI 9.868. ART. 45 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ALÍNEA A DO ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 9.230/1991 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ATRIBUIÇÃO, À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, DA DEFESA DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS PROCESSADOS CIVIL OU CRIMINALMENTE EM RAZÃO DE ATO PRATICADO NO EXERCÍCIO REGULAR DE SUAS FUNÇÕES. OFENSA AO ART. 134 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Norma estadual que atribui à Defensoria Pública do estado a defesa judicial de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente em razão do regular exercício do cargo extrapola o modelo da Constituição Federal (art. 134), o qual restringe as atribuições da Defensoria Pública à assistência jurídica a que se refere o art. 5º, LXXIV. 2. Declaração da inconstitucionalidade da expressão "bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais", contida na alínea a do Anexo II da Lei Complementar estadual 10.194/1994, também do estado do Rio Grande do Sul. **Proposta acolhida, nos termos do art. 27 da Lei 9.868, para que declaração de inconstitucionalidade tenha efeitos a partir de 31 de dezembro de 2004.** 3. Rejeitada a alegação de inconstitucionalidade do art. 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. 4. Ação julgada parcialmente procedente. (O original não contém grifos).

Pela ementa acima, constata-se que o STF aplicou o artigo 27 da Lei 9868 para determinar que a declaração de inconstitucionalidade somente iria produzir efeitos a partir de 31/12/2004 sendo que a data de julgamento da ação foi agosto de 2004. Assim, o reconhecimento da inconstitucionalidade somente produziu efeitos depois de 04 (quatro) meses da prolação da decisão.

Essa medida será verificada no caso concreto, podendo o STF determinar o momento em que a decisão irá produzir efeitos, levando em conta aspectos relevantes que justifiquem a modificação no tempo, ou seja, o Supremo irá verificar a repercussão social do reconhecimento da inconstitucionalidade.

O julgado reconhece a inconstitucionalidade de parte do dispositivo da lei estadual que reconhece a possibilidade de defesa dos servidores públicos estaduais pela Defensoria pública do Estado do Rio Grande do Sul. Entretanto, determina que a produção de efeitos da declaração de inconstitucionalidade ocorra somente em momento posterior determinado no acórdão, afastando a aplicação de eficácia *extunc* da declaração de inconstitucionalidade.

Mesmo diante de todos os julgados verificados nesse capítulo, o Supremo Tribunal Federal não reconhece a aplicação da teoria da anulabilidade da lei por vício de inconstitucionalidade.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pudemos verificar a dificuldade de estabelecimento da natureza jurídica do ato jurisdicional que reconhece a inconstitucionalidade das leis por meio de controle concentrado exercido pela Ação Direta de Inconstitucionalidade ativa. O que resultou evidente foi a impossibilidade de manutenção da teoria da nulidade da inconstitucionalidade como regra absoluta, com a conseqüente produção de efeitos *ex tunc*, apoiados em conceitos civilistas de invalidade das normas jurídicas.

Verificamos uma nítida evolução da teoria da nulidade (de inspiração norte-americana) para o reconhecimento da produção de efeitos prospectivos do reconhecimento da inconstitucionalidade, em decorrência da aplicação da teoria kelsiana (reconhecimento de anulabilidade da norma eivada pela inconstitucionalidade).

A invalidade dos atos jurídicos civis não pode ser simplesmente transportada para a verificação da inconstitucionalidade, porque se tratam de vícios totalmente distintos. O vício de inconstitucionalidade está relacionado à adequação da norma jurídica às normas de hierarquia superior até a regressão à norma fundamental (desprovida de conteúdo), de acordo com Hans Kelsen.

Assim, a validade das normas jurídicas é um misto de competência e procedimento, garantido um mínimo de eficácia. Por outro lado, a teoria da validade dos atos jurídicos civis e também dos atos administrativos está limitada à sua obediência ao conteúdo das demais normas previstas no ordenamento jurídico. Entretanto, a sua principal diferença reside na verificação de graus distintos de invalidade e nos efeitos decorrentes de cada grau específico.

Entretanto, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal reconhece a necessidade de aplicação da teoria da nulidade, permitindo sua mitigação, decorrente de acontecimentos da vida real que justifiquem o reconhecimento de produção prospectiva de efeitos. Com o artigo 27 da Lei 9868/99, o ordenamento jurídico nacional passou a contar com a previsão legislativa que permite a aplicação da

modulação dos efeitos do reconhecimento de inconstitucionalidade, em razão da “segurança jurídica ou de excepcional interesse social”. Atualmente, em nosso país, assim como na maioria dos demais, a produção de efeitos do reconhecimento de inconstitucionalidade por via de ADI é resultante de uma justiça discricionária.

Pudemos verificar as diferenças entre as declarações de inconstitucionalidade em decorrência da aplicação da teoria da nulidade e da teoria Kelseneana:

| Teoria da nulidade   | Teoria kelseneana   |
|--|---|
| A lei inconstitucional possui um vício de nulidade.  | A lei inconstitucional não pode ser nula, porque a nulidade equivale à inexistência da norma jurídica                             |
|  | A inconstitucionalidade é um vício com efeitos de anulabilidade.  |
| O reconhecimento de inconstitucionalidade deve produzir efeitos <i>ex tunc</i> , desde o início da lei | O reconhecimento de inconstitucionalidade deve produzir efeitos a partir da decisão judicial, com produção prospectiva de efeitos |

A aplicação absoluta da teoria da nulidade pode trazer prejuízos incalculáveis de desrespeito à segurança jurídica, gerando conseqüências mais graves do que a própria manutenção da inconstitucionalidade em si. Essa possibilidade pode trazer a mais nefasta das conseqüências, que seria a omissão de reconhecimento da inconstitucionalidade pelo julgador pelo receio dos efeitos que podem decorrer do seu ato.

A aplicação dos efeitos prospectivos é garantia de maior segurança jurídica, além de ser resultante de um processo mais lógico de validade, como é defendido pela teoria kelseana.

Entretanto, no Brasil, percebemos que a Lei 9868/99 abre possibilidade de atuação mais ampla do órgão julgador do que a prevista inicialmente pela teoria de Kelsen, isso porque permite ao Poder Judiciário a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, podendo ser fixado o início de produção de efeitos em

qualquer momento, confirmando a discricionariedade do órgão julgador, na verificação da inconstitucionalidade.

No controle de constitucionalidade, por meio de ADI, no Brasil, em que pese a constante aplicação da modulação dos efeitos (mesmo antes da lei e também em hipóteses de controle difuso), a teoria da nulidade é adotada como regra, sendo mitigada pela hipótese prevista na lei, pela aplicação do critério de discricionariedade do julgador diante do caso concreto. Entretanto, mais correta seria a aplicação da teoria kelseneana de anulabilidade, com produção de efeitos prospectivos do ato de reconhecimento de inconstitucionalidade. Ou seja, a lei seria considerada válida desde a sua expedição até o momento em que definitivamente fosse reconhecida como inconstitucional, por meio da aplicação dos critérios da anulabilidade.

A possibilidade de reconhecimento de inconstitucionalidade *ab initio* não deve ser afastada, mas deve ser aplicada como excepcional temperamento da decisão judicial que reconheça a anulabilidade da lei ou ato normativo.

## REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. 336 p.

ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 369.

ALDER, John. **Constitutional and administrative Law**. Londres: Macmillan, 1999. Cap. 14. p. 293-318.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: Introdução**. 5.ed. rev. atual. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 659 p.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. 172 p.

BARBOSA, Ruy. **Os actos inconstitucionais: do congresso e do executivo ante a justiça federal**. Capital Federal: Companhia Impressora, 1893. 249 p.

BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004. 299 p.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, Tomo III. 237 p.

BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. 3.ed. Vol. I. Buenos Aires: J. Lajouane y Cia, 1938. 917 p.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2ed. rev. Bauru: Edições Profissionais Ltda, 2003. 192 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003. 859 p.

BOFILL, Héctor López. **Decisiones Interpretativas en el Control de Constitucionalidad de la Ley**. Valência: IVAP, 2004. 320 p.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal – mini. In: GOMES, Luiz Flávio Gomes (org). **Constituição federal, código penal e código de processo penal**. 5.ed. rev. atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. 1142 p.

BRASIL. Lei nº. 9868, de 10 de novembro de 1999. Código de Processo Civil – mini. In: **Código de Processo Civil**. 10.ed. São Paulo: Saraiva. 2004. 924 p.

BRASIL. Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil – mini. In: **Código de Processo Civil**. 10.ed. São Paulo: Saraiva. 2004. 924 p.

BRASIL. Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. In: MEDAUAR, Odete (org). **Constituição federal: coletânea de legislação administrativa**. 2.ed. rev. atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. 1062 p.

BRASIL. Lei Complementar nº. 95, de 27 de fevereiro de 1998. Código Civil – mini. In: **Código civil**. 10.ed. São Paulo: Saraiva. 2004. 2012 p.

BRASIL. Lei n nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil – mini. In: **Código de Processo Civil**. 10.ed. São Paulo: Saraiva. 2004. 924 p.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo de instrumento 1995/0047102-7 nº. 84867/PR. Estado do Paraná e Oswaldo Oscar Tiburtius. Relator: Carlos Alberto Menezes Direito. 27 ago. 1996. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 17 jan. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 429570. Ministério Público do Estado de Goiás e Município de Goiânia. Relatora: Ministra Eliana Calmon. 11 nov. 2003. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 18 mar. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3022. Procurador-Geral da República, Governador do Estado do Rio Grande do Sul e Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. 02 ago. 2004. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 07 abr. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 396828/MS. Instituto Nacional de Seguridade Social e Sebastiana Augusta da Silva. Relatora: Ministra Ellen Gracie. 14 abr. 2005. **Jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <stf.gov.br>. Acesso: 01 mai 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 519125. Maria Eugênia da Silva Ribeiro e Paulo Vladimir Brichta. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. 20 abr. 2005. **Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 383**. Disponível em: <stf.gov.br>. Acesso: 01 mai 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 135328. Estado de São Paulo e Ministério Público de São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio. 29 jun. 1994. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 01 mai. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 78594. Relator: Ministro Bilac Pinto. 07 jun. 1974. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 01 mai. 2005

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Apelação Criminal nº. 040029000086. Ministério Público Estadual e Waldomiro da Silva. Relator: Pedro Valls Feu Rosa. 30 nov. 2002. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo**. Disponível em: <www.tj.es.gov.br>. Acesso em: 17 jan. 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Apelação Criminal nº. 048989000376. Adilson Louzada e Justiça Pública. Relator: Osly da Silva Ferreira. 01 dez. 1999. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo**. Disponível em: <www.tj.es.gov.br>. Acesso em: 17 jan. 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Apelação Criminal nº. 016999000017. Justiça Pública e Lucimar de Oliveira. Relator: Geraldo Correia Lima. 15 dez. 1999. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo**. Disponível em: <www.tj.es.gov.br>. Acesso em: 17 jan. 2005.

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. 583 p.

CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el Proceso Civil**. Buenos Aires, Lavallo, 1961, 632 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra : Almedina, 1999. 1414 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. 142 p.

CARRIDE, Norberto de Almeida. **Vícios do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1997. 220 p.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus Efeitos em face das leis n. 9.868 e 9.882/99 . In: SARMENTO, Daniel (Org). **O controle de constitucionalidade e a lei n. 9.868/99**. 2ª. tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. 301 p.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 2.ed. rev. aum. Vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948. 568 p.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Administrativo**. Vol. II. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948. 488 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001. 74 p.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos atos administrativos especiais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 553 p.

\_\_\_\_\_. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 569 p.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. 203 p.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3.ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires, 1997. 524 p.

CUESTA, Rafael Entrena. **Curso de derecho administrativo**. Vol I/1. 13.ed. Madrid: Tecnos, 1999. 382 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4.ed. rev. atua. Vol. I. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. 708 p.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual civil**. Vol. III. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 204-205.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 11.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. 578 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13.ed. Atlas: São Paulo, 2001. 712 p.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5.ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 539 p.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001. 364 p.

\_\_\_\_\_. Por que ler Kelsen, hoje. In: COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001. 74 p.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Norma jurídica**. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. 181 p.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6.ed. rev. atua. amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, 662 p.

FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. **Atos Administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1980. 387 p.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. 168 p.

GARCEZ, Martinho. **Das nulidades dos atos jurídicos**. Rio de Janeiro. Renovar 1997. 410 p.

GOMES, Orlando. **Introdução ao estudo do direito**. 12.ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 562.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: el acto administrativo. Tomo 3. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 572 p.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Ato administrativo inexistente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. 167 p.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbernkian, 2001. 348 p.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direitos adquiridos em face da Constituição**: Proposta de um novo paradigma, 2003, Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004, 283 p..

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6.ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 425 p.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral das normas**: (Allgemeine theorie der normen). Tradução e revisão José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986, 438 p..

LIMA, Taísa Maria Macena de. Princípios fundantes do direito civil atual. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil**: Atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 331 p.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. & MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001. 357 p.

MATTIETTO, Leonardo. Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil**: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 458 p.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8.ed. rev. atua. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 512 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 88.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13.ed. rev. amp. atua. São Paulo: Malheiros 2001. 870 p.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 259 p.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. 768 p.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. 301 p.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004. 776 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. I. 718 p.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Circo. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 359 p.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Forense, 1959, Tomo IV, 557 p.

\_\_\_\_\_. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1998. 381 p.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Borsoi, tomo II. 621 p.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico: Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração**. 4.ed. anot. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 426 p.

REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 61.

REZEK, José Franciso. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 9.ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2002. 403 p.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981. 582 p.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução de Paolo Capitano. 6.ed. italiana. Campinas: Bookseller, 1999. 616 p.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da. **Título de crédito**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 780 p.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Vol. 3. 23.ed. atua. São Paulo: Saraiva, 2003. 484 p.

SCHMIEDEL, Raquel Campani. **Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias**. São Paulo: Saraiva, 1981. 94 p.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. 3.tiragem. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. 269 p.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11.ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. 818 p.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato administrativo inválido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. 96 p.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 4.ed. rev. atua. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. 164 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 39.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 674 p.

TESHEINER, José Maria Rosa. O problema da classificação da sentença por seus efeitos. **Revista da Consultoria Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 14, 1976, p. 41-80. Disponível em: <[www.tex.pro.br](http://www.tex.pro.br)>. Acesso em: 09 fev.2005.

VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 337 p.

VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e suas modalidades. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil**: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 458 p.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2.ed. 3.tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. 107 p.

## **ANEXOS**

## DADOS SOBRE A PESQUISA JURISPRUDENCIAL

Órgão pesquisado: Supremo Tribunal Federal.

Período pesquisado: de 01/06/2004 a 28/02/2005.

Metodologia: foram pesquisadas no endereço todas as ementas dos acórdãos que julgaram Ações Diretas de Inconstitucionalidade, sem qualquer tipo de filtro específico. Não houve separação entre os julgamentos de provimento ou improvimento do pedido. As consultas foram formuladas no site <www.stf.gov.br>.

Período de realização da pesquisa: de 28 de março a 07 de abril de 2005.

Objeto: identificar, por meio da análise das ementas, os julgamentos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade que tenham aplicado o poder discricionário de modificação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade previsto no artigo 27 da Lei 9.868/99.

Resultados obtidos: ADI's julgadas nos meses especificados.

| Período                 | ADI  | Total |
|-------------------------|--|-------|
| Junho de 2004           | ADI 1921/TO; ADI 2982QO/CE; ADI 2229/ES;<br>ADI 2020/MS; ADI 2982/CE; ADI 2868/PI                            | 06    |
| Julho de 2004           | -  | -     |
| Agosto de 2004          | ADI 637/MA; ADI 3105/DF; ADI 3128/DF; ADI<br>2847/DF; ADI 3080/SC; ADI 692/GO; ADI<br>1878ED/DF; ADI 3022/RS | 08    |
| Setembro de 2004        | ADI 2856MC/ES; ADI 100/MG; ADI 2103/PE;<br>ADI 2586ED/DF; ADI 3262MC/MT                                      | 05    |
| Outubro de 2004         | ADI 2851/RO; ADI 3269MC/DF; ADI 2665/SC;<br>ADI 3331QO/DF; ADI 3224/AP; ADI<br>2670QO/TO                     | 06    |
| Novembro de 2004        | ADI 1505/ES; ADI 1879/RO; ADI 3149/SC; ADI<br>3210/PR; ADI 3053/PA; ADI 1040/DF; ADI<br>1758/DF; ADI 1991/DF | 08    |
| Dezembro de 2004        | ADI 3369/DF  | 01    |
| Janeiro de 2004         | -  | -     |
| Fevereiro de 2004       | ADI 3020/DF; ADI 2851/RO   | 02    |
| Total de ADI's julgadas |  | 36    |